موسوعة

آية الله العظمى الشيخ

محمد آصف المحسني

# الآثار الفقهية

٧

## الضمانات الفقهية و أسبابها

بسم الله الرحمن الرحيم

محسنی، محمدآصف، ١٣١٤-١٣٩٨.

موسوعة آيةالله‌العظمى الشيخ‌محمدآصف المحسني: الآثار الفقهية / النظارة و الإشراف مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لآثار آيةالله‌العظمى محمدآصف المحسني. ـ قم: مؤسسة بوستان كتاب (مركز الطباعة و النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي)، ١٤٤١ق.=١٣٩٩ش .

١٢ج. ـ (مؤسسه بوستان كتاب؛ ٢٨٧٦) (فقه و حقوق. فقه)

ISBN 978- 964 - 09 - 2158 - 6 (دوره) . – ISBN 978- 964 - 09 - 2165 - 4 (ج. ٧)

فهرست نويسى براساس اطلاعات فيپا.

كتاب‌نامه.

مندرجات: ................. ج.٧. الضمانات الفقهية و أسبابها .................

١. فقه جعفرى ـ رساله عمليه. ٢. فقه جعفرى ـ قرن ١٤. ٣. فتواهاى شيعه ـ قرن ١٤. الف. دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم. مؤسسه بوستان كتاب. ب. عنوان.

BP ١٨٣ / ٩ — ٢٩٧ / ٣٤٢٢

١٣٩٩ — شماره كتاب‌شناسى ملى: ٦٢٢٥٠١٧

■ موضوع: فقه (فقه و حقوق)

■ گروه مخاطب: ـ تخصصى (پژوهشگران و اساتيد حوزه و دانشگاه)

شماره انتشار كتاب (چاپ اول): ٢٨٧٦
مسلسل انتشار (چاپ اول و بازچاپ): ٧٤٦٢

بوستان كتاب

# موسوعة

# آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسنى

# الآثار الفقهية

٧. الضمانات الفقهية و أسبابها

بوستان کتاب
۱۳۹۹

موسوعة آيةالله العظمى الشيخ محمد آصف المحسني / ج٧

**الآثار الفقهية: ٧. الضمانات الفقهية و أسبابها**

● **النظارة و الإشراف:** مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لآثار آيةالله العظمى محمد آصف المحسني ﵀

● **ناشر: مؤسسة بوستان كتاب**

● **المطبعة:** مطبعة مؤسسة بوستان كتاب

● الطبعة: الأولى / ١٤٤١ق، ١٣٩٩ش ● الكمية: ٥٠٠ ● السعر الدورة: **٨٠٠,٠٠٠ تومان**



[redacted]

**مع جزيل الشكر والتقدير لجميع الزملاء الذين ساهموا في انتاج هذا العمل:**

●أعضاء لجنة دراسة الإصدارات ●أمين لجنة الكتاب: ابوالفضل طريقه‌دار ●تصحيح التنضيد: الهه‌سادات طباطبائي، طاهره أحسني و حسين محمدي

●ترتيب الصفحات: أحمد مؤتمني و سكينه ملازاده ●التطبيق: علي ميري

●الضبط الفني لترتيب الصفحات: سيّدرضا موسوي‌منش ●خبير التصميم والغرافيك: مسعود نجابتي ●تصميم الغلاف: محمود هدايي

●مديرية الإعداد: حميدرضا تيموري ●مديرية المطبعة : مجيد مهدوي و وبقية الزملاء في قسم الليتوغرافيا، والطباعة والتغليف ●مديرالإنتاج: عبدالهادي أشرفي.

رئيس المؤسسة

محمدباقر انصاري

# الفهرس



## [المقصد الأوّل]

## [مسائل الضمان العقدي]



## [المقصد الثاني]

## بقية اقسام الضمان

## [المقصد الثالث]

## موجبات الضمان في باب الديات

# المقدمة

بسم‌الله الرحمن الرحیم

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا و سيد المرسلين و على آله الطاهرين والسلام علينا وعلي عبادالله الصالحين المجاهدين بالفكر وبالسلاح والقلم عبوديةً لله الواحد القهّار الحكيم، لا سيما على النبيين والمرسلين.

وبعد، فهذا شرح كتاب الضمان من *العروة الوثقى*، وبيان كل اقسام الضمان اكتبه لنفسي ولتدريس تلامذتي في الحوزة العلمية بقم المشرّفة للسنة الدراسية (من اوائل الخريف إلى أوائل الصيف في العام المقبل (من اواخر شهريور ١٣٨٠ إلى وسط خرداد ١٣٨١) والله ولي التوفيق والسداد.

اللهم أرني الحق حقاً، فأتّبعه، والباطل باطلاً فاجتنبه.

## مقدمة فيها بيان أمرين

الأول: لا شبهة في حسن الضمان التعبدي شرعاً للروايات الكثيرة الآمرة بقضاء حاجة المؤمنين أو المسلمين ولقوله تعالى: «**وَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى**»[1] كما قيل، لكن المقام داخل في الاعانة دون التعاون، نعم يشمله قوله تعالى: «**مَّن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا**»[2] ويدل على امضاء الضمان وصحته شرعاً قوله تعالى:

١. المائدة، الآية ٢.

٢. النساء، الآية ٨٥.

«أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»،[١] واستدل أيضاً بقوله تعالى: «وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ».[٢]

فان صدر الآية دليل على صحة الاجارة او الجعالة وذيلها علي صحة الضمان، لكن ان سلمنا كون ذلك حكما شرعياً في تلك الأمة يشكل إثباته علي المسلمين بالاستصحاب كما حقق في محله وسيأتي الأشارة إليه.

نعم يدل على صحته الروايات الخاصة الواردة في *الوسائل*، ج١٨، ص٤٢١ – ٤٣٧ و في *جامع الاحاديث*، ج٢٣، ص٤٤٨ – ٤٥٨.

الثاني: الضمان الذي حقيقته تعلق مال من عين أو منفعة أو عمل[٣] في ذمة إنسان، على أقسام، كما ان أسبابها أيضاً متعددة. وإليكم بيانهما:

١. الضمان التقديري، كما في مورد العين المغصوبة الباقية في يد الغاصب، أي لو تلفت ضمن عوضها مثلاً أو قيمةً. ويقارنه الحكم التكليفي وهو وجوب ردها الى مالكها.

خلافاً للسيد الاستاذ الحكيم فقد فسّر الضمان بتعهد العين وجعل وجوب رد المثل أو القيمة على تقدير التلف من أحكام الضمان لانفسه لاحظ *المستمسك*، ج١٣، ص٢٦١ و٢٦٢ وسيأتي بحثه في الشرط السابع، وهو بحث تنجيز عقد الضمان.

٢. الضمان الموقّت، كما في موارد من بدل الحيلولة، فاذا وجدت العين استرد البدل وانتفى الضمان.

٣. الضمان بالمعاوضة كما في موارد العقود كالبيع والاجارة وامثالهما، فان كلا من المتعاقدين يضمن ما يعين عليه في العقد الكلي بإزاء عوضه كضمان البائع للمبيع وضمان المشتري للثمن.

٤. الضمان المعلّق، فان الاظهر صحته وفاقاً للفقيه اليزدي في *العروة الوثقي* كالضمان الفعلي المنجز. ومنه ضمان المضمون عنه للضامن، فانه يعلق على اداء الضامن ولاحظ تفصيله في المسألة ١٤.

---

١. المائدة، الآية ١.

٢. يوسف، الآية ٧٣.

٣. في *الجواهر*: ان ضمان الرضا من الضمان المصطلح (ج ٢٦، ص ١٢٥) وهو كذلك اذ لايستفاد ذلك من روايات الضمان المعتبرة الآتية. لكن في موثقة الحسن بن جهم الضمان عن رضي الدائن و هو عمل.

٥. الضمان الاختياري بالفعل فقط كما في موارد التفويت والاتلاف والاستيفاء.
٦. الضمان التعبدي محضاً كضمان العاقلة. فلاحظ.
٧. الضمان المقرون باستحقاق العقاب كما في فرض الاستيلاء العُدواني والإتلاف العمدي.
٨. الضمان العقدي المبحوث عنه في كتاب الضمان، وهو المقصود بالذات من العقد لا بالعرض كما في الضمان بالمعاوضة المتقدم برقم ٣.
٩. الضمان الشرعي غيرالقابل للاسقاط كما سيأتي في القسم الاول من أقسام الضمان بعد الضمان العقدي.
١٠. الضمان المستلزم للدية دون المثل والقيمة.
١١. الضمان المستلزم للارش وهو تفاوت قيمة بين السالم والمعيب.
١٢. الضمان ما لم يجب كما يأتي في الشرط الثامن من شروط صحة الضمان.
١٣. الضمان الخالي عن المضمون عنه كقوله: الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه.
١٤. الضمان المتزلزل كما يأتي في المسألة ١٣ في البند (٧) من التعليقة.
١٥. الضمان بمعني تعهد الاداء من مال معين كما يأتي من الماتن في المسألة ٢٤ وشرحها.
١٦. الضمان غيرالمستقر كما في الأيدي الغاصبة المتعاقبة، فان المالك اذا رجع الى كل واحد منهم ويرجع هو الى غيره حتي يستقر على من تلف المال بيده. ويأتي خلاف صاحب الجواهر في ضمان جميع الإيادي.
١٧. الضمان العقدي بمعني اشتغال الذمة من دون النقل من ذمة كما يأتي في شرح المسألة ٣٥ في البند الرابع.
١٨. ضمان البائع ما يحدثه المشتري على وجه مذكور في المسألة ٤١.
١٩. الضمان الايقاعي كما في المسألة ٤٢ وما يتلوها في ذيل عنوان فائدة مهمة.
٢٠. الضمان بالاتهام كما في رواية أبيبصير[١] ويأتي في محله.

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٥٥ الباب ١٨ من موجبات الضمان.

٢١. الضمان الاحتياطي على المتهم كما يأتي في ضمان الاجارة في اواخر الكتاب.

٢٢. ضمان العهدة كما يأتي في المسألة ٣٩.

٢٣. ضمان العمل، كارضاء الدائن للمديون، كما يظهر من موثقة الحسن بن جهم[١] وهو أيضاً يوجب براءة ذمة المضمون عنه.

و سيأتي في الشرط السابع من الضمان العقدي من السيد الاستاذ الخوئي رحمه الله وتلميذه السيد السيستاني نوع آخر من الضمان العملي.

و أما اسباب الضمان فهي ما يلي:

١. عقد الضمان.

٢. العقود المعاوضية.

٣. الاستيلاء بغير حق.

٤. الإتلاف المباشري.

٥. الإتلاف التسبيبي.

٦. التفويت، فلاحظ.

٧. الاستيفاء.

٨. قبول الحوالة.

٩. المقبوض بالعقد الفاسد فلاحظ.

١٠. المقبوض بالسوم على وجه.

١١. الغرور.

١٢. عمل الغير تعبداً، كما في ضمان العاقلة.

١٣. عدم تسليم الرضيع إلى أهله.

١٤. عدم ارجاع من أخرجه ليلاً من بيته، عند جمع.

---

١. *الوسائل*، ١٨، ص ٤٢٥ و *الكافي*، ج٧، ص ٢٥.

١٥. قاعدة العدل كما يأتي في المسألة ١٢.

١٦. الحيلولة بين المال ومالكه على ما يأتي وخالفه سيدنا الاستاذ الخوئي ﷺ.

١٧. المال كمن أعطي الفرد أو المؤسّسة مالاً ليضمن له ما يجبر ما خسره وهو المسمى بالتأمين (بيمه) في عصرنا ولاحظ: (*المستمسك*، ج١٣، ص٣٤٩).

١٨. الافراط والتفريط. فتأمّل.

١٩. قصد الاضرار. فتأمل اذ هو كسابقه يرجع الى الاستيلاء وربما يأتي في مطالب الكتاب غير هذه الاسباب أيضاً.

و هذه الاسباب من جهة الحكم التكليفي بين ما هو مستحب وما هو جائز في حد نفسه وبين ما هو حرام وبين ما قد يصير واجبا لطروء بعض العناوين عليه وبين ما هو غيراختياري للضامن فلا يتصف بحكم بالنسبة إليه.

اذا تقررت المقدمة فنرجع الى المقصد الاول من الكتاب وهو بيان مسائل الضمان العقدي بشكل تعليقات على كتاب الضمان من كتاب *العروة الوثقى* للفقيه النبيل المتضلع المتتبع المهذب السيد اليزدي اعلى الله مقامه في درجات النعيم. ثم بعد ذلك نتعرض لبقية اسباب الضمان وأقسامه انشاءالله تعالى، وهي أيضاً من مقاصد هذا الكتاب.

**قم المقدسة**

**محمدآصف المحسني**

## [المقصد الأوّل

# مسائل الضمان العقدي]

# مسائل الضمان العقدي

**قال﴿ره﴾: وهو ـ اي الضمان ـ من الضمن[١] لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الّذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي و المستقبل و غيرهما.**

**و ما قيل[٢] من احتمال كونه من الضمن فيكون النون زائدة[٣] واضح الفساد، اذ مع منافاته لسائر مشتقاته، لازمه كون الميم مشددة[٤] و له اطلاقان: الاطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. واطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً وهو المقصود من هذا الفضل.[٥]**

(١) هذا صحيح بالنسبة الى عدم زيادة حرف النون لكن لا بالنسبة الى فرعية الضمان و اصالة الضمن كما نبّه عليه الشهيد الثاني﴿ره﴾ في محكي مسالكه، قال: فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً من الضمان، فيكون معني كون الشيء في ضمن شيء آخر أنه في عهدته... فان معني ذلك (الضمن) و إن كان الظرفية، لكن يمكن أن تكون الظرفية موجبة للتعهد، وبالجملة: الضمن معناه الظرفية، ولازمها نوع من التعهد. والضمان هو التعهد ولازمه نوع من الظرفية، فيحتمل أن يكون كل واحد منهما أصلاً للآخر، ومقتضي كثرة استعمال الضمان ومشتقاته كونه اصلاً للآخر لا فرعاً عليه.

(٢) كما عن الاكثر من العامة، فان الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة، وعندنا أو عند المشهور منا أنّه نقل المال من الذمّة إلى الذمّة. وعلى الأوّل يتخير المالك المضمون له في المطالبة، من أيهما.

و في *الجواهر*:[١] ... بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد، وقد بينا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي علي المغصوب، ذمّة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلا وإن جاز له الرجوع على كل واحد وإلّا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا. وسيأتي ما يتعلّق به في المسألة الثانية.

(٣) كالجريان والحيوان والجولان والضربان وغيرها. ويختص غالباً بما كان فيه حركة وإنقلاب.

(٤) والحال أنها غير مشدّدة قطعاً، وجه اللزوم كون الفعل ثلاثياً لا ثنائياً.

(٥) كما حكي عن جمع، فالضمان إن كان تعهداً بالنفس فهو كفالة و ان كان تعهداً بالمال فان كان للمضمون عنه على ذمة الضامن مال فهو حوالة والا فهو الضمان المصطلح[٢] وجعل في *المستمسك*[٣] للضمان معنيين: عرفي وهو التعهد بالمال أو النفس واصطلاحي (عند الفقهاء) وهو الضمان الخاص.

**قال: ويشترط فيه أمور: أحدها الايجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال ولو بضميمة القرائن ـ على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.(١)**

(١) فان الدال عليه قولاً وفعلاً يحقّق الانشاء فيوجب صدق العنوان، والفعل وان كان خالياً عن انشاء العنوان، لكن ببركة القرينة يدل عليه، كما قيل وقال سيدنا الاستاذ: فان لم يكن دالا لم يكف في صدق العنوان عرفاً وان قصد به الانشاء.

**قال: الثاني القبول من المضمون له، ويكفي أيضاً كل ما دلّ علي ذلك من قول أو فعل(٢) وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الايجاب والقبول. كذا ذكروه(٣) ولكن لايبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة. بل يكفي رضي المضمون له سابقاً او لاحقاً كما عن *الايضاح* و الاردبيلي حيث قالا: يكفي فيه الرضا و**

---

١. *الجواهر*، ج ٢٦، ص١١٣.

٢. سيأتي بعد الفراغ من بيان مسائل الضمان العقدي الفرق بينه وبين الحوالة بوجه أوضح.

٣. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٤٦.

**لايعتبر القبول العقدي بل عن القواعد: وفي اشتراط قبوله احتمال[1] ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبيﷺ أن يصلي عليه، حتى ضمنه عليعليه السلام أن يصلي عليه، وعلى هذا فلايعتبر فيه ما يعتبر فيه في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها.**

(٢) كما سبق في الإيجاب.

(٣) في *جامع المقاصد*:[2] والاصح الاشتراط، لان الضمان عقد اجماعاً فلابد فيه من القبول، ولان المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله بغير رضاه؟ أقول: وخلاف الخلاف يوهن اجماعه حيث حكي عنه: ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضاً. فإن ظاهر هذا الكلام ان الشيخ يري الضمان ايقاعاً لا عقداً. ضرورة ان العقد محتاج إلى اعمال السلطنة من الطرفين، والايقاع إلى إعمال اختيار احدهما، فالنكاح إذا احتاج إلى قبول عقد وإذا اكتفى بأعمال سلطنة واحد ـ كما في تزويج السيد أمته لعبده ـ كان ايقاعاً وبالجملة: في المقام أقوال ثلاثة:

١. اعتبار القبول العقدي ولعله المشهور.

٢. اعتبار الرضا فقط، كما ذكره الماتنرحمه الله تبعاً *للايضاح* والاردبيلي وهو ظاهر العلّامة رحمهم الله في *القواعد* قال: وفي اشتراط قبوله ـ المضمون له ـ احتمال.[3] وسيدنا الاستاد الخوئيرحمه الله أيضاً اكتفى في تعليقة *العروة* بابراز الرضا بمبرز.

٣. عدم اعتبار الرضا فضلاً عن القبول كما عن خلاف الشيخرحمه الله وقد صرح الماتن في كتاب الحوالة ان الحوالة والضمان من الايقاع وعلي هذا فلايعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود... [4] فلابد من لفت النظر إلى الروايات وسائر الادلة.

فمنها مرسلتان للخلاف و لايعلم ان الشيخ نقلهما من طريقنا او من طريق العامّة.

---

١. ج ٥، ص٣١٨ تحقيق موسّسة آل البيتعليهم السلام لإحياء التراث. (شرح *جامع المقاصد*).

٢. *جامع المقاصد*، ج ٥، ص٣١٩.

٣. *المصدر*، ص٣١٨.

٤. *المستمسك*، ج١٣، ص٣٧٨.

احديهما ما نقلها عن أبي‌سعيد الخدري التي اشار إليها الماتن. وثانيتهما ما عن جابر الحاكية عن ضمان أبي‌قتادة الميت.[١]

و منها صحيح معاوية بن وهب، قلت لأبي‌عبدالله‌عليه السلام: ذكر لنا ان رجلاً من الأنصار مات وعليه ديناران، فلم يصل عليه النبي‌صلى الله عليه وآله وقال: صلّوا علي صاحبكم حتي ضمنها بعض قرابته فقال أبوعبدالله‌عليه السلام: ذلك الحق... .[٢]

الصحيحة كالمرسلتين ظاهرة في عدم اعتبار قبول المضمون له في صحة الضمان، ولا أقل من اطلاقها الشامل لفرض عدم القبول.

و منها معتبرة اسحاق‌بن‌عمار عن أبي‌عبدالله‌عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال وليه: على دينك. قال: يبرئه ذلك وان لم‌يوفه وليه من بعده، وقال: ارجو أن لايأثم وانما إثمه على الذي يحبسه.[٣]

و منها صحيح حبيب الخثعمي عن الصادق‌عليه السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن، فقال: لايأخذ إلا أن يكون له وفاء. قلت أرايت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد علي نفسه الذي يضمنه بأخذ منه؟ قال: نعم.[٤]

و حمله في *الجواهر*[٥] على اذن المودع. اقول: هو بعيد.

و منها موثقة الحسن‌بن‌الجهم:[٦] سألت أباالحسن عن رجل مات و له علی دين وخلّف وُلداً؛ رجالاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم، فقال: أنت حل مما لابي عليك من حصتي، و أنت في حل مما لاخوتي و اخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال تكون في سعة وحل. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه، قلت: فان رجع

---

١. لاحظهما في *الوسائل*، ج١٨، ص ٤٢٤، كتاب الضمان، ب٢، ح٢ـ٣.

٢. *المصدر*، ب٢، ص٤٢٢.

٣. *المصدر*، ج١٨، ص ٣٤٦، ب ١٤، ح ٢.

٤. *المصدر*، ج١٩، ص ٨٦، ب٨، من أبواب الوديعة.

٥. *الجواهر*، ج ٢٦، ص ١٢٦.

٦. الوسائل، ج١٨، ص ٤٢٥، ب ٤، من أبواب الضمان، ج ١.

الورثة علي، فقالوا أعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك و بين الله فانت منها في حل إذا كان الذي حلّك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك.

قلت: فما تقول في الصبي لأمّه أن تحلّل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه؟

قلت: فان لم‌يكن لها؟ قال: فلا. قلت: فقد سمعتك تقول: انه يجوز تحليلها؟

فقال: إنما أعني بذلك إذا كان لها. قلت: فالاب يجوز تحليله على إبنه؟

فقال: ما كان مع أبي‌الحسنعليه السلام أمر، يفعل في ذلك ما يشاء.

قلت: فان الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي وانا من حصته في حل؟ فان مات الرجل قبل ان يبلغ الصبي فلا شيء عليه؟ قال: الأمر جائز على ما شرط لك.

تدل الرواية دلالة قوية على عدم اعتبار رضي المضمون له في صحة الضمان وبرائة ذمة المضمون عنه، فضلاً عن اعتبار قبول العقدي.

و اما جواز مطالبة الورثة حقهم من المديون الأول فهو لاجل فقدان البينة على اثبات الضمان.

كما تدل على عدم اعتبار البلوغ في المضمون له. وعلى اعتبار وجود مال للضامن يفي بحق المضمون له في غير الاب. وذيل الرواية لايخلو عن تشوش ما.

و منها موثقة زرارة قال: سألت أباعبدالله (ابا جعفر ـ خ)عليه السلام عن رجل مات وترك عليه دينا وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة (ته ـ خ) وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد.

فقال: أري أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال إلّا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً، فيكون العبد وما في يده (من المال ـ خ) للورثة، فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء... .[1]

---

١. *المصدر*، ج١٨، ص ٣٧٥، ب٣١، من أبواب الدين والقرض، ح ٥.

و منها صحيح ابن‌سنان الذي رواه المشائخ الثلاثة عن الصادقعليه السلام في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت[١] إذا عرفت هذا فاعلم ان المرسلتين غيرمعتبرتين وعلى تقدير الاعتبار وفرض اطلاقهما فهما كصحيح معاوية‌بن‌وهب ومعتبرة اسحاق وصحيح حبيب إنّما يدل على عدم اعتبار الرضا بالاطلاق وهو مقيد بالرضا لاجل موثقة زرارة وصحيح ابن‌سنان جمعاً بين الادلة بلا اشكال، ولكن يقع التعارض بين هاتين الروايتين ومعتبرة الحسن‌بن‌جهم فان لم‌نقل بترجيحهما عليه لإجماع الجواهر المتقدم ذكره، وقلنا بتساقطهما نرجع إلى القواعد ومقتضاها عدم برأته ذمة المدين بمجرد ضمان أحد من دون إذن المالك الدائن.

فالاظهر القول الثاني.

و يمكن ان نستدل باطلاق صحيح ابن‌سنان على عدم اعتبار القبول العقدي فلاحظ وتأمّل.[٢] وآراء المعلقين على العروة فيه مختلفة.

**قال و اما رضي المضمون عنه فليس بمعتبر فيه، إذ يصح الضمان التبرّعي فيكون بمنزلة وفأ دين الغير تبرعاً حيث لايعتبر رضاه، و هذا واضح فيما لم‌يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه او حرجاً...**

أقول: اصل الحكم متفق عليه كما عن الشهيد الثانيرحمه الله و لم‌يجد صاحب *الجواهر*[٣] الخلاف فيه، بل ادعي الإجماع بقسميه عليه. ومع الغض عنه يكفيه اصالة عدم الاشتراط.

و اما الاستثناء فلم‌يقبله السيد الگلبايگاني والسيد الخميني رحمهما الله في

---

١. *المصدر*، ص٤٢٢، ب٢، من أبواب الدين والقرض، ح١.

٢. وجه التأمّل سقوط الصحيحة بالتعارض كما مر وعليه فيرجع إلى اصالة عدم اشتراط عقد الضمان بالقبول ودعوى أن الضمان عقد وكل عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، فيهما ان الكبرى غيرتامة فان العقد محتاج إلى اعمال سلطنة من الطرفين فيكفي الإيجاب مع رضي المضمون له.

٣. *الجواهر*، ج ٢٦، ص ١٢٦.

حواشي *العروة* ولكن لايبعد ان يقال بان نفي الضرر والحرج يرفع الامضاء الشرعي للضمان.

قال: الثالث كون الضامن بالغاً عاقلاً فلايصح ضمان الصبي وان كان مراهقاً بل وان اذن له الولي على اشكال. ولا ضمان المجنون الا إن كان ادواريا في دور افاقته، وكذا يعتبر كون لمضمون له بالغا عاقلا،[١] واما المضمون عنه فلايعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً[٢] نعم لا ينفع اذنهما في جواز الرجوع بالعوض.[٣]

(١) لعدم العبرة بعبارة المجنون واستثناء الإدواري منقطع، كما ان الصبي لقصور سلطنته من التصرف لايصح ضمانه ولا قبوله لضمان، والاذن في ضمان ضامن مكان مدينه نوع تصرف، فلابد من كون الضامن والمضمون له بالغين عاقلين.

نعم تقدم دلالة موثقة ابن‌الجهم علي صحة ضمان الام لصبيها، وفي الاعتماد عليها في مثل هذا الحكم المخالف للقاعدة نظر، وان كان ولابد منه، فلا جرم في الاقتصار على موردها وهو الأم فقط، ويحتمل ارادة المراهق مع أذن الولي كالجد.

و الارجح صحة ضمان الصبي والمراهق باذن الولي مع المصلحة أو عدم المفسدة له، فان المراهق ذوأهلية عند العرف فيكفي في صحة ضمانه اذن وليه فيه، وشمول الاتفاق المدّعي على عدم الاعتبار بعقد الصبي له غير ظاهر، فيرجع إلى الاطلاقات.

بل يمكن أن يستدل علي صحة عقوده وايقاعاته باطلاق قوله تعالي: «**وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**»[١] فان استيناس الرشد قد يكون بالمعاملات. لكن في تركيب الآية نوع اجمال إذ لا يفهم ان استيناس الرشد قبل بلوغ النكاح، بل كونه بعدها قرب احتمالاً فلاحظ. وكذا الكلام في المضمون له بعينه.

(٢) إذ لم يكن له ضرركما يفهم مما سبق. واما عدم الاعتبار فلاجل أن الضمان عنه احسان إليه وهو غيرمشروط ببلوغ المحسن إليه وعقله. ان الله يأمر بالعدل والاحسان.

---

١. النساء، الآية ٦.

(٣) لعدم موجب للرجوع إليهما بعد بطلان إذنهما وإن وليهما كما هو كذلك في الضمان عن العاقل الكامل من دون إذنه.

تتمة: نقل في *جامع المقاصد*[١] عن أبي‌حنيفة بطلان الضمان عن الميت إذا لم‌يخلف وفاء، لان الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق.[٢] وبطلانه واضح، إذ لايسقط بذلك ما في الذمة، كما في ذي‌عسرة حيث ينظر إلى ميسرة وكما في الديون المؤجلة، فعدم حق المطالبة لايدل على نفي الضمان.

و بالجملة الضمان عن الميت ينفعه يوم القيامة.

**قال: الرابع كونه، مختاراً فلايصح ضمان المكره.** لحديث رفع التسعة بناء على الأرجح من حسن أحمدبن‌محمدبن‌يحيي العطار بكثرة ترحم الصدوق عليه في كتبه كما شرحناه في كتابنا «بحوث في علم الرجال» خلافاً للسيد الخوئي ﷺ.

ولصحيح البزنطي عن الرضا عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصداقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، ما لم‌يطيقوا وما أخطأوا.[٣]

والعمدة في المقام قول رسول الله صلى الله عليه وآله دون المورد لبطلان القسم المذكور في الأولين على كل حال و ان صدر في حال الاختيار لانه من اتباع خطوات الشيطان المنهي عنه في القرآن.

**قال: الخامس عدم كونه محجوراً لسفه إلّا باذن الولي وكذا المضمون له(١) و لا بأس بكون الضامن مفلساً، فان ضمانه نظير اقتراضه(٢) فلايشارك المضمون له مع الغرماء(٣) واما الضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلساً، لكن لاينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.(٤)**

(١) لان دليل الحجر مانع عن صحة تصرفه المالي، والاذن ورضي المضمون له نوع تصرف.

---

١. *جامع المقاصد*، ج ٥، ص٣١٧.

٢. *المجموع*، ج ١٤، ص٨ و *فتح العزيز*، ج ١٠، ص٣٥٨.

٣. *الوسائل*، الباب ١٢، من كتاب الايمان، ح١٢.

(٢) فان الفَلس يمنع من التصرف في المال دون النفس، والتعهد في الذمة من الثاني والمسلم انه ليس من الاول.

(٣) لتقدم تعلق حق الغرماء بالمال.

(٤) لكن الظاهر جواز الرجوع على المفلس بعد زوال فلسه وتمكنه من الاداء.

**قال السادس: أن لايكون الضامن مملوكاً...**

من اللغو صرف الوقت والقرطاس في أمور فرضية لا خارجية لها، والله المستعان.

**قال: السابع التنجيز،[١] فلو علّق الضمان علي شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على الفلان ان أذن لي أبي. و أنا ضامن إن لميف المديون إلى زمان كذا[٢] أو إن لم يف أصلاً[٣] بطل على المشهور. لكن لا دليل عليه، بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامة[٤] إلّا دعوي الاجماع في كل العقود. على أن اللازم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غير تأخير[٥] أو دعوي منافاة التعليق للانشاء[٦] وفي الثاني ما لايخفي.**

**و في الاول منع تحققه في المقام.[٧] و ربما يقال: لايجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً. و ربما يقال: لايجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً، و فيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لايعقل التفكيك.[٨]**

**نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال بامكان الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له[٩] لانه يصدق انه ضمن الدين علي نحو الضمان في الاعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليقية[١٠] إلّا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي.[١١]**

(١) والعمدة في اعتباره في عموم العقود والايقاعات هو الإجماع فقط في غير ما أخرجه الدليل كالوصية التمليكية والتدبير واليمين والعهد والنذر المعلقة بناء على أن هذه الثلاثة شبه عقد. على ما اوضحه الشيخ الأنصاري ﵀ في بيع مكاسبه وتعرض له السيد الاستاذ في دروسه على ما في مصباح الفقيه.[١]

---

١. *مصباح الفقيه*، ج٣، ص٢٣١، طبعة دارالهادي، لبنان.

لكن الإجماع مدركيٌ أو محتمل المدركية غيركاشف عن رضي الامامعليه السلام او دليل معتبر، ولو سلّمناه لسلّمناه في ثلاثة أقسام في اثنيعشر قسماً[1] مذكورة في مصباح الفقاهة كما فصّله سيدنا الاستاذ الخوئيرحمه الله ومطالعة كلامه مفيد. وعن المحقق القميرحمه الله في جامع الشتات تصحيح الوكالة المعلقة، وعن الاردبيلي والسبزواريرحمهما الله في *الكفاية* التأمل في بطلانها.[2] بل تأمل السيد الخمينيرحمه الله في اشتراط الضمان بهذا الشرط في حواشي *العروة الوثقي*. وكذا السيد السيستاني في منهاجه (ج٢، ص٣١٠).

و على كل حال لا دليل معتبر علي اشتراط التنجيز في العقود والايقاعات سوي فتوي جمع كثير من الفقهاء. ولو ثبت الإجماع فلا وجه لاستثناء الضمان عن عمومه كما زعمه الماتنرحمه الله.

(٢) المثال الأول صحة و بطلاناً متوقف على تمامية الإجماع وعدمها. و اما المثال الثاني فله مشكلة زائدة، وهي أنه من ضم ذمة الى ذمة وليس من نقل المال من ذمة الى ذمة كما عليه المشهور.

و سيتضح حال هذه المشكلة عن قريب.

(٣) لهذا المثال مشكلة ثالثة وهي لزوم الغرر، اذ متى رجع المضمون له على الضامن يدفعه الضامن بامكان اداء المضمون عنه دينه في المستقبل طيلة حياته.

(٤) ان اراد الماتن منها قوله تعالى «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ».[3] فهو مما لا اشكال فيه، و إن أراد روايات الضمان المطلقة ففيه نظر وبحث، إذ لاتوجد رواية معتبرة فيها تكون ظاهرة باطلاقها لفرض التعليق.

و فراغ ذمة المضمون عنه انما هو في الضمان المنجز دون المعلق على إذن الاب

---

١. أي فيما كان التعليق علي الصفة التي لا دخل لها في تحقق عنوان العقد كما انه لا دخل لها في صحته فان أقسامهما الثمانية تقبل التعليق ويصح فيها و إنما لايصح في صفة غير دخيلة في مفهوم العقد ولا في صحته كاشتراط العقد علي أمر معلوم في المستقبل او محتمل التحقق في الحال أو في المستقبل ولاحظ تفصيل الاقسام الاثنيعشر في *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٢٧ ـ ٢٣٠.

٢. *مصباح الفقاهة* للسيد الخوئيرحمه الله، ج٣، ص ٢٣٥، طبعة لبنان.

٣. المائدة، الآية ١.

ونحوه كما يظهر من روايات الباب، اللّهم إلّا أن يتمسك في ذلك بترك الاستفصال في صحيح عبداللهبن‌سنان وذيل موثقة ابن‌الجهم السابقتين ورواية عمربن‌يزيد[١] فلاحظ وتأمّل والله العالم.

نعم الضمان المستند إلي الإيفاء بالعقود، يصح في أمثلته الثلاثة المذكورة في كلام الماتن حتي في الأخير، بناءً علي ان مطلق الغرر لا يفسد المعاملة، لعدم دليل عليه كما ذكرناه في كتابنا (الأرض في الفقه) وكونه بمعني النقل من ذمة إلي ذمة، أو بمعني ضم ذمة الي ذمة تابع لتصريح الضامن والمضمون له او لقيام قرينة، وليس كالضمان المصطلح الفقهي المدلول لبعض روايات الضمان مقتضياً بطبعه للاول، كما ان هذا الضمان العام يشمل تعهد العمل أيضاً، ولا يبعد شمول الضمان الخاص له ايضاً كما سبق بحثه في مقدمة الكتاب.

## فائدة

قسم السيد السيستاني الضمان بعد تفسيره بالتعهد بمال الآخر، على قسمين؛ تارة على نحو نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون له، وأخرى على نحو التزام الضامن للمضمون له باداء مال إليه، فليست نتيجته سوى وجوب الاداء عليه تكليفاً.

والفرق بين النحوين ان الضامن علي الأول ـ الضمان الخاص ـ تشتغل ذمته للمضون له بنفس المال المضمون، فلو مات قبل وفائه أخرج من تركته مقدّماً على الارث، واما الضامن علي النحو الثاني فلاتشتغل ذمته بنفس المال، بل بادائه إليه، فلو مات قبل ذلك لم‌يخرج من تركته شيء الا بوصية منه.

ثم قال بعد ذلك في محل آخر: نعم لايعتبر التنجيز في الضمان على النحو الثاني، فيصح ان يلتزم باداء الدين مثلاً على تقدير خاص كعدم قيام المدين بوفائه.[٢]

---

١. *الوسائل*، الباب ٦ من أبواب الضمان، ح١، ص٤٢٧، ج١٨.

٢. *منهاج الصالحين*، ج٢، ص٣١٠، اول كتاب الضمان.

لكن قال السيد الاستاذ الحكيم في مستمسكه[١] والضمان ليس مطلق التعهد والا فالعقود كلها تعهدات على انحاء مختلفة باختلاف مضامينها. وقال قبل ذلك: يمكن التعهد على غير وجه الضمان بأن يتعهد انسان للزوجة بأن ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل ويعطيها هو النفقة ولا بأس به لدخوله في عمومات الصحة، ونظيره أن يتعهد لمن له دين على زيد أن يصلي عنه ركعتين ويرفع اليد عن دينه علي زيد، فانه نوع من أنواع العقد إن صح لم يكن من جنس الضمان.... لكن لايسقط الدين في الفرض بمجرد العقد، بل لابد من اسقاط الدين من الدائن. وإذا كان العوض مفروضاً بدلا عن الدين، كان الدين لذيالعوض ولايسقط الا بالوفاء أو الابراء منه.

اقول ما افاده ـ ﵀ ـ إن تم بتمامه، لايضر بما ذكره السيد السيستاني تبعا لاستاذه السيد الخوئي﵀ كما لايخفى.

( ٥) وتوضيحه: أن المستفاد من قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». ترتب الحكم عند تحقق موضوعه من دون فاصل زماني ولا يتصور الوفاء كذلك في العقود التعليقية، فهي تخرج عن مدلول الآية و لايوجد دليل اخر يوجب الوفاء بها فتكون باطلة.

أقول: يرد عليه ان مقتضى البيان عدم لزومها لا عدم صحتها، إذ يكفي أن يقال أن العقود التعليقية عقود رائجة عرفاً ولم يردع عنها الشارع فهي ممضاة عنده فتكون من العقود الجائزة.

والجواب الأوضح الصحيح ان وجوب الوفاء تابع لكيفية العقد، فإن كان منجزاً وجب الوفا منجزا و إن كان معلقاً فوجوب الوفاء كذلك أي بعد حصول المعلق عليه كما هو شأن وجوب الوفاء بالنذر والعهد واليمين. وإن شئت فقل: ان الامضاء تابع لما تعاقد عليه المتعاقدان.

و في المكاسب وحواشيها أجوبة أخرى ولعل أكثرها غيرمتينة.[٢]

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٦٥.

٢. لاحظ: *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٣٢، وما بعدها، طبعة بيروت.

(٦) وجوابه ظاهر، فان المعلّق هو المنشأ دون الإنشاء كما في الوصية التمليكية ونحوها بل كل الاحكام الكلية الشرعية و الدولية سيقت على نحو القضايا الحقيقية المشروطة بوجود موضوعاتها.

و اعلم ان الماتن﵀ اشار إلى ثلاثة وجوه من أدلة المشترطين للتنجيز ويظهر منه ان حسبها اثنين وهناك بعض وجوه اخرى فلاحظ المطولات.[١]

(٧) لم يعرف له وجه صحيح إن قبلنا الاجماع واعتبار التنجيز في العقود والايقاعات.

(٨) وهذا الادعاء من مثله عجيب وكأنه﵀ غفل عن الديون المؤجّلة والدين على المعسر في ثبوت الضمان وعدم حق المطالبة الا على فرض حلول الاجل وحصول الميسرة. على انه منقوض باستدراكه بقوله: نعم في المثال الثاني يمكن... وهل هذا إلا تناقض في كلامه.

(٩) مع قطع النظر عن التناقض المتقدم نقول إنا أوضحنا في التعليقة الرابعة في هذا الشرط.

(١٠) ليس هنا دليل على كون الضمان في الاعيان المغضوبة مثلاً تعليقياً على نحو الوجوب المعلق بل المسلم منه انه ضمان تقديري على نحو الواجب المشروط. فلاحظ وتأمل.

قال السيد الاستاذ الخوئي﵀ في *تعليقة العروة*: لعله يريد بذلك أن الضمان في مورد التعليق، الوفاء على عدم وفاء المديون، ليس بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد[٢] ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي واثره الانتقال إلى لازمه على تقدير عدم

---

١. *المصدر*.

٢. أي تعهد اداء ما في ذمة الغير. أقول لكن التعهد في العين المغصوبة عين الحكم التكليفي برد المال إلى صاحبه.

وفاء المديون (المدين ـ ظ) كما ان أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها، وعلى هذا فلا بأس بما أفاده‌ﷺ و لايبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية.

أقول: وتبعه بعض المعلقين فيه على حواشي العروة وكذا تلميذه السيستاني وعبارته أوضح كا تقدمت في تفهيم المقصود. ولا بأس به.

(١٠) بل قضية شرطية على نحو الواجب المشروط و إن شئت فقل: ان الضمان في الضمان اليدي تقديري بحث وليس بفعلي فانه بمعنى لو تلفت العين لضمن المستولي مثله أو قيمته، واما قبل التلف فلا شيء سوى الحكم التكليفي أي وجوب رد المال إلى مالكه ولا دليل على أزيد من هذا، بعد ضعف الرواية المشهورة (على اليد...).

قال بعض المعلقين على العروة: ان كان المراد (من قوله قضية تعليقية) تعليق الضمان بعدم الاعطاء فهذا عين ما هو باطل عند المشهور عني، وان كان المقصود الضمان منجزاً لكنه يخبر بانه ما دام الدين باقيا و لم‌يؤدّ المضمون عنه، فالظاهر أنه ليس بتعليق ولا بممنوع، انتهي.

اقول: لكن الشق الأخير مرجوح من مقصود الماتن جداً.

ثم ان كلام الماتن لايخلو عن تهافت فانه‌ﷺ ادعي فعليه الضمان وتعليق الوفاء اولا ثم شبهه بضمان العين الخارجية وقال ان حقيقته قضية تعليقية! وفيه اشكال آخر. هو انه كيف يمكن الاستثناء من أمر غيرمعقول كما ادعي أولا فلاحظ.

(١١) لو دل دليل على كون الضمان اليدي بنحو الواجب المعلق لا بأس به، وهذا بخلاف الضمان العقدي فان روايات الباب لاتثبته ظاهرا و أما الضمان العقدي بالمعنى الاعم فلا بأس بكونه معلقاً على ما مر.

ثم إن الضمان العقدي جعلي والضمان اليدي حكم شرعي. و الاول فعلي والثاني تقديري والاول مختص بالذمي والثاني مختص بالخارجي و الاول غيرمقرون بوجوب رد العين بخلاف الثاني.

## نقل و افادة

قلنا في البند التاسع ان المسلم من ضمان العين الخارجية في الاستيلاء هو الضمان التقديري دون التعليقي. ويؤيده كلام صاحب *الجواهر* في شرح قول ماتنه: «و كذا لو أبرأه من الضمان»: يعني لو فرّط الودعي في الوديعة فابرأه المالك من ضمانها برأ: لكن فيه اشكال بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للابراء، فإن المراد من الضمان اشتغال لو تلف بالمثل أو القيمة، فهو كما قال للغاصب: ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه مما هو إبراء مما لم‌يجب بعد...»[١] ونحوه كلام غيره كما قيل، فهذا عين ما قلناه.

لكن سيدنا الاستاذ الحكيم لم يرض به واعترض عليه: بأن ضمان العين معناه كونها في العهدة ووجوب المثل أو القيمة على تقدير التلف من قبل الحكم لذلك الضمان، لا انه معناه إذ لا مانع من اعتبار وجود العين في العهدة في قبال وجودها في الخارج على نحو البدل عنه[٢] بل هو الظاهر من العرف في المضمونات.[٣]

ثم قال بعد ذلك مورداً على الماتن: ثم انه إذ سلّم كون الضمان في ضمان الاعيان من قبل القضية التعليقية، فحمل الضمان عليه في المقام يلزم منه كون الضمان في المقام معلقا، وقد سبق منه ان الضمان منجز وان التعليق للوفاء ولا للضمان... .[٤]

اقول وهذا الايراد على الماتن موجّه. الا أنّ يؤلّ المتن بما ذكره السيد الاستاذ الخوئي ﵀ كما مر.

**قال: الثامن كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقراً**

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص ١٤٦.

٢. ما أفاده أمر ممكن لكنه محتاج إلى اثبات فان لم يوجد عليه دليل فالمتيقن ما ذكرنا الا ان يقال انه غير محتاج إلى دليل شرعي بل يكفيه قصد العاقد على فعلية التعهد وتسميته ضماناً وحكمه ما ذكره من وجوب المثل أو القيمة.

٣. هذا الاستظهار محل نظر وتردد.

٤. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٦١.

**كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري، كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي[١] قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك.**

**فلو قال: اقرض فلاناً كذا، و أنا ضامن. أو: بعه نسيئة و أنا ضامن. لم يصح على المشهور[٢] بل عن *التذكرة* الاجماع، قال: ولو قال لغيره مهما اعطيت فلاناً فهو علي لم‌يصح اجماعاً.**

**و لكن ما ذكروه من الشرط، ينافي جملة من الفروع الآتية[٣] ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت، و ان لم‌يثبت فعلاً، بل مطلقاً لصدق الضمان وشمول العمومات العامّة، و ان لم‌يكن من الضمان المصطلح عندهم[٤] بل يمكن منع عدم كونه منه.[٥]**

(١) الشخصي ـ سواء كان مبيعاً أو ثمناً أو أجرة أو مهراً أو غيرذلك ـ موجود في الخارج لا في الذمة ولا دليل يفي باعتباره فيها و ان كان ممكنا، بل قال به السيد الحكيم كما مر.

ثم إنّ المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة ومثله الثمن الشخصي، فبالتلف يكون من مال البائع أو المشتري وذلك لانفساخ العقد قبله آناً ما وليس مضموناً بضمان اليد.[١] وفي *المستمسك*[٢] فلايكون مضموناً في ذمة البائع، والضمان بهذا المعني حكم شرعي لايقبل الاسقاط و لايمكن نقله إلى غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد. نعم إذا اتلفه البائع كان ضامناً له، لكنّه بالإتلاف لا باليد.

---

١. و ذلك لصحيح بريدبن‌معاوية عن أبي‌عبدالله عليه السلام في رجل اشتري من رجل عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه علي بعض من أجمة واحدة، والأنباء فيه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري قد قبلت واشتريت ورضيت، فاعطاه من ثمنه الف درهم، ووكل المشتري من يقبضه فاصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع. *الوسائل*، ج١٧، ص٣٦٥ و ٣٦٦، ب١٩، وتدل عليه ايضاً رواية عقبة‌بن‌خالد أيضاً (ج١٨، ص٢٣ و ٢٤) لكنها ضعيفة.

٢. *المستمسك*، ج١٣، ص٢٦٣.

(٢) المشهور المدعي عليه الإجماع في الضمان العقدي نقل ما ذمة المضمون عنه إلى الضامن. والمقام ليس كذلك. وليس في روايات الضمان ما يثبت ضمان ما لم يجب. وهو الوجه في اقتصار المشهور على إعتبار ثبوت الدين في الذمة.

(٣) في المسألة ٣٨ إن شاء الله تعالى. وقد سبق الماتن في هذه الاشارة صاحب *مفتاح الكرامة* أيضاً.

(٤) لأنّه عقد فيه ضمان عرفاً. وكل عقد يجب الوفاء به للآية الكريمة. لكنه غير عقد الضمان المصطلح الفقهي وخارج عن مدلول الروايات. ولا شبهة في ان إطلاق الآية «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» غير منصرف إلى العقود الرائجة. فضلا عن العقود المدونة في الفقه. وبالجملة فهذا قسم آخر من الضمان العقدي.

(٥) الضمان المصطلح هو إشغال الضامن ذمته بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، وهذا الضمان هو إشغال الضامن ذمته بما يشتغل ذمة المضمون عنه فهما كلاهما وإن كانا صحيحين لكن الثاني لايرجع إلى الاول بلحاظ الروايات.

**قال: التاسع: ان لا تكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه، بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعني الاعمّ، حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثاني الكفالة، والأوّل ان كان ممّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة[1] وان لم تكن فضمان بالمعنى الاخص.**

**ولكن لا دليل على هذا الشرط، فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه، يكون ضماناً، فان كان بإذنه يتهاتران بعد اداء مال الضمان، وإلّا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه، وتفرغ ذمّته ممّا عليه بضمان الضامن تبرعاً، وليس من الحوالة، لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه[2] على الضامن حتى تكون حوالة، ومع الاغماض عن ذلك[3] غاية ما يكون انه يكون داخلاً في كلا العنوانين فيترتب عليه ما يختص بكل منهما، مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.**

(١) لكنه ينافي صحة الحوالة على البريء إن قلنا بها.

(٢) من الاحالة لا من الحلية وعليه فالظاهر تبديل كلمة المديون بالدائن، وعلى

كل ما أفاده الماتن من الايراد متين.

(٣) أي عن عدم صدق الحوالة مع عدم احالة المضمون عنه. فهي متوقفة أولاً على احالة المحيل ثم باذهاب المحال الحوالة ثم المحال عليه. والضمان متقوم أولاً بانشاء الضامن اشغال ذمته ثم برضي المضمون له. فيشكل تصادق عنواني الحوالة والضمان علي امر واحد كما قيل ولاحظ توضيحه في حواشي *العروة*.[1]

**قال: والعاشر إمتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن، على وجه يصحّ معه القصد إلى الضمان(١) ويكفي التميز الواقعي و إن لم‌يعلمه الضامن فالمضرّ هو الابهام والترديد(٢) فلايصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين، ولو على واحد.**

**ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان و لم‌يعلم أنّه لزيد أو لعمر أو الدين الذي لفلان و لم‌يعلم انّه على زيد أو على عمرو صحّ، لأنه متعين واقعاً. وكذا لو قال: ضمنت لك كلّما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلّ ما كان عليك لكل من كان من الناس.**

**و من الغريب ما عن بعضهم(٣) من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له، بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما، مع انه لا دليل عليه اصلاً ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو اضيق دائرة من سائر العقود.**

(١) لعدم دليل على اعتبار أزيد من ذلك، بل الظاهر من روايتي ابن‌سنان و ابن‌الجهم المتقدمتين من أجل ترك الاستفصال عدم العلم بمقدار الدين فلاحظ.

(٢) فانهما لا خارجية لهما، فلاينطبقان على فرد بعينه.

(٣) و هو الشيخ رحمه الله في محكي مبسوطه خلافاً لما عن خلافه.

اقول: ربما يظهر من كلام الماتن نوع تدافع بين جعل وجه هذا الشرط، لصحة

---

١. ج ٢، ص ٧٣٦.

القصد إلى الضمان وبين قوله فالمضر هو الإبهام و الترديد و الارجح اعتبارا لأمرين من تحقق القصد ونفي الترديد. ثم الانسب بكلامه في جميع هذه المسألة أنّ المراد من قوله «القصد إلى الضمان» هو طبيعي الضمان دون فرده، فلو تبين أنّ المضمون عنه كان قاتل أبيه أو يهودياً مثلا صح الضمان و ان لميضمن عنه لو علمه اوّلاً. و لايخلو عن بحث. وعلى كل، يعتبر ايضا امتياز الضامن عند المضمون له على وجه يصح منه الرضا بضمانه.

**(مسألة ١) لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين و لا بجنسه[١] ويمكن أن يستدل عليه مضافاً إلى العمومات العامة وقولهﷺ: الزعيم غارم. بضمان عليبنالحسين؈ لدين عبدالله الحسن[٢] و ضمانه لدين محمدبنأسامة[٣] لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين. و اما إذا لميكن كذلك كقولك: ضمنت شيئاً من دينك، فلايصح[٤] و لعله مراد من قال: أنّ الصحة إنّما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك.**

**فلايرد عليه ما يقال من عدم الاشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً. وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم.**

**هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفي الغرر والضرر. ورُدّ بعدم عموم للاول لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات[٥] و بالاقدام في الثاني[٦] و يمكن الفرق بين الضمان التبرعي و الإذني فيعتبر في الثاني دون الاول، إذ ضمان عليبنالحسين؈ كان تبرّعيا[٧] و اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة[٨] إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن. وهذا التفصيل لايخلو عن قرب.[٩]**

(١) هذا إذا كان الاقدام على مثل هذا الضمان غير متروك عند العقلاء لا في ما إذا لميعلم أنّ الدين الف تومان أو مليون دولار، أو انه مَنّ حنطة أو مَنّ ذهب مثلاً. لعدم شمول العمومات له بعد عدم كونه عقد اعرفيا، إلّا إذا فرض اقدام الضامن عليه في جميع الفروض وقدرته عليه، فلايكون العقد سَفَهيا غير عقلائي.

(٢) جملة: الزعيم غارم مرسلة سنداً وضعيف دلالة، بل الظاهر انها غير واردة من طريقنا وقد نقلها النوري في مستدركه (ج٣، ص٣٩٤، ح ١٥٦٩٨ وص ٤٣٥ برقم ١٠٨٣١).

بل ظاهر صحيح الحسن بن علي بن يقطين عن الحسين بن خالد الذي لم أجد حسنه و وثاقته في قول معتبر، نفيه (*الوسائل*، ج١٨، ص٤٢١، ح١، ب١، كتاب الضمان).

و ضمان السجاد عليه السلام لعبدالله قد ورد بسند مرسل في *الفقيه* (ج٣، ص ٥٥ و١٩١) وفي صحة متنه أيضاً بحث وسند الكليني والشيخ ايضاً ضعيف بيوسف بن السخت وغيره.

(٣) بسند ضعيف بعبيدالله الدهقان (*الوسائل*، كتاب الضمان، ب٣، ح١).

واستدل لما في المتن ايضاً بان الضمان عقد لاينافيه الغرر. قلت: ما دل علي النهي عن الغرر و إن كان ضعيفاً، الا أن بعض الغرر متروك عند العرف كما أشرنا إليه قريباً.

و بقوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير. ورد بانه قضية في واقعة لا اطلاق فيها، فلعل وزن الحمل وجنسه كانا عندهم معلومين. وقيل انه ٢٠٠ كيلوغرام تقريباً بوزن عصرنا.

(٤) ولعله لا خلاف فيه وعن بعضهم قولا واحداً. قلتُ ويحتمل الصحة والرجوع إليه في تفسيره.

(٥) ما دل على نفي الغرر ضعيف سنداً ودلالة كما ذكرنا في ص٢٦٢ من كتابنا *الارض في الفقه* وذكرنا هناك امكان القول بصحة البيع الغرري فضلاً عن غيره ما لم تكن المعاملة سفهية.

(٦) في *المستمسك*:[1] إمّا لانه امتناني ولا امتنان في نفيه مع الاقدام وإمّا لأن الظاهر من نفي الضرر نفي الحكم الذي يؤدي إلى الضرر، ومع الاقدام عليه يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهة الحكم.

---

١. ج١٣، ص٢٧٢.

(٧) عرفت ضعف دليله. وكونه تبرعياً يعلم من الخارج انه لايرجع إلى تركة الميت و ان كان باذن المحتضر.

(٨) لا دليل عليه مطلقاً كما سبق.

(٩) لا دليل على هذا التفصيل وما ذكرنا من التفصيل هو الأظهر.

**(مسألة ٢) إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة، إنتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، و تبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع و النصوص(١) خلافاً للجمهور، حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة(٢) و ظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، و يمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات.**[٣]

(١) أمّا الإجماع فقد ادعاه في محكى *الغنية* و *التذكرة*. وعن *المسالك*: أنّه موضع وفاق و في *الجواهر* (ج ٢٦، ص١٢٧): بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعلّه من ضروريات الفقه. انتهى.

و أمّا النصوص فقد تقدم ذكرها في الشرط الثاني، والعمدة في برائة ضمان الحي معتبرة اسحاق‌بن‌عمار[١] ومعتبرة ابن‌الجهم،[٢] على بحث في الاخير، إذ فيه: وأنت في حلّ مما لاخوتي واخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعة من ذلك وحلّ، قلت فان لم‌يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه. قلت: فان رجع الورثة على، فقالوا اعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك و بين الله فأنت منهما في حل إذا كان الذي حلّك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك... .

قلت: فان الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي، و أنا من حصته في حل فإن مات الرجل قبل أن يبلغ الصبي فلا شيء عليه؟ قال: الامر جائز على ما شرط لك.

مفروض الرواية تصريح الضامن بحلّية المضمون عنه، فلعل برائة ذمته لاجل التصريح المذكور لا انه مقتضى مطلق الضمان.[٣]

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٣٤٦، ب ١٤، ح ٢.

٢. *المصدر*، ب ٤، ح ١.

٣. على ان في الرواية اشكالاً ثانياً و هو ظهورها أو صراحتها في عدم رضي المضمون له. بل وعدم علمه بالضمان حتى و ان كان صبياً غيربالغ و لايتيسر الالتزام به.

(٢) علي اختلاف بينهم في خصوصياته فلاحظ كتاب *الفقه على المذاهب الا ربعة* (ج٣، ص ٢٢١، دارالفكر بيروت لبنان، عام ١٤٠٩).

(٣) كما تقدم من عدم دليل على إعتبار التنجيز في مطلق العقود، في الشرط السابع.

لايقال: لا معني لاشتغال ذمم متعددة بمال واحد.

فإنه يقال: لا بأس به على أن يكون بعضها بدلا عن البعض على أن يكون الاشتغال طولياً لا عرضياً. إما على نحو الواجب المعلّق و إما على نحو الواجب المشروط كما عرفته.

بل يمكن فرضه مع عدم لحاظ البدلية، كما في تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، فان كل واحد من ذوي الأيدي ضامن لها على السواء فيما بينهم و لم تلحظ البدلية معه.

لكن في أول كتاب الضمان من *الجواهر* (ج ٢٦، ص١١٣)... بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد، وقد بينا ان المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلاً، و إن جار له الرجوع على كل واحد، وإلّا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا. انتهي.

لكن امتناع كون الشيء الواحد الشخصي في مكانين، يختص بالامور التكوينية، ولا يجري في الاعتباريات التابعة لاسبابها عند العقلاء و الشرع، فانها خفيفة المؤنة.

و في *المستمسك* في شرح المقام: ونظير ذلك، الوجوب الكفائي فانه يتعدد بتعدد الواجب عليهم، مع وحدة الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد، يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد.

و بالجملة هذا الضمان لا مانع منه ويشمله قوله تعالى: «**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**». وهذا هو مراد الماتن ﷺ ظاهراً من العمومات. لكن سيدنا الاستاذ الحكيم فسره بعمومات صحة الشرط و استشكل عليها بانها مخصصة بما لايخالف الكتاب والسنة، و المراد به الشرط الذي لايكون على خلاف الحكم الشرعي الاقتضائي، فاذا كان مخالفاً للحكم

الشرعي الاقتضائي كان باطلاً. والظاهر من الدليل الدال علـى كـون الضـمان موجبـاً لبرائة ذمة المضمون عنه كونه مقتضياً لذلك حسب الارتكـاز العقلائـي، لا ان البـراءة لعدم المقتضي للاشتغال، فاذا كانت براءة ذمة المضمون عنه لوجـود المقتضـي لهـا لا لعدم المقتضي للاشتغال، فاشتراط الاشتغال يكون علي خـلاف الحكـم الاقتضـائي، فلايصح.[١]

ما أفاده على اساس الارتكاز العقلائي غيرواضح، علـى ان الرجـوع إلـى عمـوم الايفاء في العقود كاف للصحة و على انه ان تم فهو يتم بالنسبة إلى الميت المضـمون عنه دون الحي فان ما دل علـى صـحة الضـمان عنـه كموثقـة ابـن‌جهـم[٢] ومعتبـرة اسحاق‌بن‌عمار[٣] و معتبرة ابن‌بكير وعمروبن‌يزيد[٤] لايستفاد منها ذلك.

**(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضـمون عنـه[(١)] و ان أبرأ ذمة المضمون عنه لم‌يؤثر شيئاً، فلاتبرء ذمة الضامن لعدم المحـل للابـراء بعـد**

---

١. ج١٣، ص٢٧٤ وله كلام طويل وفسّر الشيخ الانصاري‌ﷺ الشرط المخالف للكتاب والسنة، بأنه ما كان علـي خلاف اطلاق دليل الحكم؛ فان اطلاق قوله‌ﷺ: فقد برئت ذمة الميت. يقتضي البراءة حتى مع الشرط المذكور، فيكون الشرط المذكور مخالفاً لدليل الحكم فيبطل. و اورد عليه في *المستمسك* بان اكثر ادلة الاحكام مطلقـة من حيث العنوان الثانوي حتى الإحكام غيرالالزامية وحينئذ يشكل الامر في اكثر الشروط، إذ ما مـن شـرط إلّا و يبدل حكم مشروطه إلي اللزوم وهو مناف لاطلاق الحكم المشروط، ولازم ذلك بطلان الشروط عامـة، الا النادر منها وهو كما ترى. و دعوى ان دليل المباحات والمكروهات والمستحبات انمـا دل علـى حكمهـا؛ بالنظر إلى ذواتها مجرداً عن ملاحظة عنوان آخر بخلاف دليل الواجبات و المحرمات حيث دل عليهما مطلقاً، ممنوع، فان الدليل في الجميع واحد مطلقة أو مهملة بل ربما ورد في سياق واحـد كقولـه: «يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَـاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَآئِثَ». قوله: «أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا».

و لمزيد التوضيح لاحظ: ج١، ص ١٢٥ـ١٤١ من كتاب الشروط للسيدمحمدتقي الخوئي الشهيد‌ﷺ.

ثم ان شككنا في مخالفة الشرط الحكم الله تعالى فلايمكن التمسك بعموم المسلمون عند شروطهم لانه من قبيـل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية الا بمعونة استصحاب العدم الازلي بأن يقال انه قبل نزول الكتاب لم‌يكـن هذا الشرط مخالفاً له وبعد نزوله كذلك فتأمّل.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٤٢٠، ب ٤.

٣. *المصدر*، ص ٣٤٦، ب ١٤، من أبواب الدين و القرض.

٤. *المصدر*، ص٤٣٧، ب ٦، من كتاب الضمان.

**برائته بالضمان[٢] إلّا ان استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن[٣] و اما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة، فان ابرأ ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضا[٤] و ان أبرأ ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه، كذا قالوا. و يمكن أن يقال ببرائة ذمتهما على التقديرين.[٥]**

(١) براءة ذمة الضامن للابراء و اما المضمون عنه فذمّته في غير الضمان التبرعي مشغولة للضامن ان ادّي الضامن للمضمون له، وإذ لا أداء بعد الابراء فتبرء ذمة المضمون عنه.

(٢) بلا خلاف فيه ظاهر، فان المضمون عنه لاتشتغل ذمته بالنسبة إلى المضمون له بعد الضمان.

(٣) وجهه واضح.

(٤) فان ضمان الضامن معلق على ضمان المضمون عنه وفرع له، فيسقط باسقاطه. وحيث لا دليل على العكس فلا يبرأ ذمة المضمون عنه بالابراء عن الضامن.

(٥) مراده من التقديرين إما القسمان من الضمان أو القسمان من ضم ذمة إلى ذمة ويراد بهما ابراء الضامن وإبراء المضمون عنه، وكأن الثاني أقرب و اما حكمه بامكان البراءة فلايعرف له وجه الا أن يريد فرض العلم برفع اليد عن أصل الدين، وهو تابع لخصوصية كلام المضمون له ودلالته أو يجعل إبراء الضامن بمنزلة اداء الدين من قبله. لكنه ممنوع. وقال بعض المعلقين: حيث لم‌يعلم المقصود من ضم الذمة إلى الذمة وأن ذمة الضامن هل هي وثيقة لذمة المديون كما صرّح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبة من الضامن إلّا بعد عدم امكان الاداء من المديون او أن ضمانهما كضمان اليد مع تعدد الأيادي كما عن بعضهم جواز الرجوع إلى كل منهما على التخيير، فلا داعي لنا لتفريع الفروع، سيما مع عدم ملائمته لبعض ما فرعوا عليه. وعلى كل مقتضي ضمان رضي المدين أيضاً برائة ذمة المضمون عنه كما عرفته من موثقة ابن‌الجهم.

**(مسألة ٤) الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له،[١] فلايجوز للضامن فسخه،**

**حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين إعساره(٢) وكذا لايجوز للمضمون له نسخه والرجوع على المضمون عنه(٣) لكن بشرط ملائة الضامن من حين الضمان أو علم المضمون له باعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً باعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور.(٤) بل الظاهر عدم الخلاف فيه ويستفاد من بعض الأخبار ايضا.(٥) والمدار ـ كما اشرنا إليه ـ في الاعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان معسراً ثم اعسر، لايجوز له الفسخ(٦) كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقي الخيار(٧) والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولا(٨) وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أولا؟ وجهان.(٩)**

(١) ولعله لا خلاف فيه لاصالة اللزوم في العقود.[١]

(٢) كما مر، لكن هذا إذا كان الدين في الاول مستنداً إلى الضمان، فحينئذ لا عبرة بضرر الضامن فان فسخه ضرر للمضمون له، وأمّا لو كان الضمان بعد تحقق الدين فيحتمل جواز فسخ الضامن في فرض المتن، بعد توجه الضرر إلى المضمون له بإقدامه. فلا مانع من جريان قاعدة نفي الضرر بالنسبة إلى الضامن وحده. ان اجريناها لاثبات الخيارات.

(٣) لاصالة اللزوم.

(٤) والظاهر انه لاجل قاعدة نفي الضرر، لكن سيأتي ماقيل من بناء الاصحاب في البند الاخير من هذه المسالة.

(٥) وهو معتبرة ابن‌الجهم المتقدمة في الشرط الثاني، ففي ذيلها: قلت: فما تقول في الصبي لأمّة ان تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه. قلت: فإن لم‌يكن لها مال؟ قال: فلا.

لكن مورد الرواية التحليل دون إشغال الذمة بالدين، هذا اولاً، وثانياً أن ظاهرها كون الملاءة شرط الصحة لا شرط اللزوم. وثالثاً اختصاصها بالصبي وأمه والغاء الامومة لا بأس به واما الغاء صباوة الدائن فلايمكن إلا في الاب، فان تحليله

---

١. لاحظ دلائل هذا الاصل في *القواعد الفقهية*، ج ٦ و في ج ٥، ص١٦٣ـ ٢٠٩.

غيرمشروطه بالملاءة كما يظهر من الرواية نفسها. وفي غير الصبي يرجع إلى اطـلاق صدر الرواية وغيرها، فلاتشترط ملاءة الضامن في صحة الضمان، نعم هي تشترط في لزومه لنفي الضرر على نحو ذكر في المتن.

(٦) لنفي الضرر وكأنه لا خلاف فيه.

(٧) لاستصحابه. وفي *الجواهر* (ج ٢٦، ص١٢٨): بل قـد يقـوي عـدم الخيـار و لم‌يعلم به حتى تجدد اليسار للاصل (اصالة اللزوم). وفي *المستمسك* (ص٢٧٩) نعـم اطلاق كلمات الاصحاب يقتضي عدم الفرق بين زوال اليسار وبقائه.

اقول: لم يظهر وجه قوي للتفصيل بـين فـرض العلـم باليسـار وعدمـه كمـا فـي *الجواهر*، فلو قيل بزوال الخيار في صورة تجدد اليسار مطلقاً كان أوفق ببناء العقـلاء فلاحظ.

و قال ايضاً (ص١٢٩): ثـم ان هـذا الخيـار علـى الفـور أو التراخـي؟ وجهـان، ذكرناهما في نظائره، وقلنا ان الاصل يقتضي الثاني منهما، كما اعترف بـه غيرواحـد. ويظهر من السيد الاستاذ الحكيم رحمه الله انه فوري.

فائدة: لم‌يذكر الماتن ملاءة الضامن في جملة شروط الضامن خلافاً للقواعد حيث قال العلامة فيها: الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف، والملاءة حين الضمان او علم المستحق بالاعسار. و لايشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد، لم‌يكن له فسخ الضمان، أما لو يعلم كان له الفسخ.

اقول: يظهر منه انه شرطها في لزوم العقد دون صحته كما في *العـروة* ولاحـظ مـا ذكره المحقق الثاني في شرح كلام العلامة في *جامع المقاصد*.[١]

(٨) وهو كذلك لعدم تأثير يساره في نفي الخيار. وقيل لاطلاق الفتاوى.

(٩) من نفي الضرر ومما يقال من عدم بناء الاصحاب علـى العمـل بنفـي الضـرر لاثبات الخيار في البيع وليس من انواع الخيار خيار المماطلـة، وكأنـه لعـدم الضـرر فيها، بل فيها تحديد سلطنة المالك عن ملكه وحبسه عنه.

---

١. ج ٥، ص٣١٢.

أقول: مجرد ذلك أيضاً ضرر على المالك كما يفهم من موثق زرارة في بيان مورد لا ضرر، وبناء الاصحاب إذا لم يوجب الاطمينان لايكون حجة، مع ان بناء غيرالمؤلفين منهم غيرمحرز.

و ما عن صاحب الكفاية رحمه الله من كون دليل نفي الضرر نافياً لايثبت الخيار، فيه إن سلمناه انه يرفع لزوم العقد فيصبح العقد جائز غاية الأمر أن فسخه من الحكم دون الحق وانه لايترتب احكام خصوص الخيار ان كانت واما ما عن السيد الاستاذ الخوئي من الضرر في العقد الغبني مثلاً - ليس من اللزوم حتى يرفع بلا ضرر، بل من احكام صحة العقد، ولازم نفي الضرر بطلان العقد ورفع الصحة، ولم يقل به أحد. فيمكن منعه وان الضرر ينشأ من اللزوم، وان الصحة إذا لميجب بها الوفاء على من يتوجه الضرر اليه من المتعاقدين لاتوجب ضرراً فلاحظ وتأمل.

**(مسألة ٥) يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له، لعموم ادلة الشرط[1] والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما[2] كما إذا قال الضامن أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً. أو قال المضمون له: اقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.**

(١) قال سيدنا الخوئي رحمه الله في التعليقة: فيه إشكال وكذا في ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط، والوجه فيه أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقايل، فادلة الشروط لا تفي بصحة جعل الخيار فيه، وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية وتبعه تلميذه السيستاني في منهاجه في الاشكال.

(٢) قال بعض معلقي العروة: بنحو الالتزام في الالتزام، لا بنحو التعليق في الضمان وجواز الفسخ لتخلف الشرط كأصل الشرط، وان كان على القاعدة، لكن حيث يستلزم إشتغال ذمة المضمون عنه بعد الخلو، وذلك بدون رضاه خلاف القاعدة، فالقول بأن الفسخ مع التخلّف موقوف على رضا المضمون عنه لايخلو من سداد.

أقول: بعد ما مر من صحة التعليق في العقود فلا ملزم لما ذكره هذا المعلق في صدر كلامه، واما ذيله ففيه ان مقتضي الشرط عدم برائة ذمة المدين المضمون عنه

قبل الوفا بشرط الضامن، ولا بأس باشتغال ذمة المدين بعد الضمان على الأرجح كما سبق.

و اما كلام السيد الأستاذ فجوابه ان المعيار في قبول عقد الانفساخ والاقالة وقبوله الخيار هو المرتكزات العقلائية العرفية، والعرف يري هذه القابلية للضمان، فيشمله عموم الشرط. (*الوسائل*، الباب ٦ من أبواب الخيار من كتاب التجارة).

و بني السيد الحكيمؒ[1] جواز الشرط وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الأحكام، فعلي الاول يجوز الشرط، وعلى الثاني لايجوز، لانه مخالف للكتاب[2] والمرتكزات العرفية تقتضي الاول... و على ذلك يبتني جواز التقايل، لاختصاص الاقالة بما يكون الفسخ فيه من حقوق الطرفين، لان ادلتها العامة ليست واردة في مقام اثبات قابلية المحل، وانما هي واردة في مقام تشريعها على تقدير القابلية، فالقابلية تحرر من الخارج، والاطلاق المقامي يقتضي الرجوع إلى العرف في احرار القابلية، والارتكاز العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلى طرفي المعاقدة. ثم قالؒ: والظاهر اطراد ذلك في عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال، فان إيقاعها من حقوق الطرفين، وفسخها كذلك، ما لميقم دليل على الخلاف كالنكاح والوقف.

والضمان من قبيل ذلك لان لزومه مأخوذ من أصالة اللزوم الذي هو من حقوق المتعاقدين ولا دليل على لزومه حكماً كالنكاح.

اقول: اكثر ما افاده واضح، واما تقسيم اللزوم إلى الحكمي والحقي فكأنّهؒ اخذ من استاذه المحقق النائينيؒ[3] و أورد عليه تلميذه السيد الاستاذ الخوئيؒ في درسه[4] بعدم الفرق بينهما، فانهما كليهما بحكم الشارع، غاية الأمر قد سمّي الفقهاء

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٣٨٠.

٢. لعله يريد به قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ».

٣. لاحظ الفرق بين اللزوم والجواز الحقيين والحكميين في *القواعد الفقهية* للسيد البجنوردي، ج ٥، ص ١٦٤.

٤. *مصباح الفقاهة*، ج ٦، ص ١٦٦، طبعة دارالهادي بيروت.

الحكم الذي اختياره بيد المتبائعين حقا. وهذا لايوجب اختلافهما في الحقيقة، وأنّ للجواز حقيقتين احديهما حقية والاخرى حكمية.

قلت: ما افاده السيد الاستاذ الحكيم لا بأس به ومناقشة سيدنا الاستاذ الخوئي ليست بذلك. ولذا اختاره مؤلف كتاب *الشروط* (ج١، ص٢٧) وهو ابن السيد الخوئي: وللسيد الخوئي رحمه الله جواب آخر:[1]

والحق في الجواب ان هذه الروايات إنما وردت لجعل خيار الشرط في مورد لزوم العقد فتكون مخصصة لادلة الدالة على اللزوم لا منافية لها. ثم ذكر وجهه. ثم قال: ويمكن الجواب عن صاحب المستند بناء على المشهور من عدم رجوع الشرط إلى جعل الخيار، وملخص ما ذكره أنّ اللزوم يرجع الى العقد، ان مطلقاً فمطلق وان كان مشروطاً فمشروط. فراجع تمام كلامه. الظاهر انه لا بأس بهذا الجواب ايضاً.

فما ذكره في التعليقة غيرقوي. ولاحظ كتاب *الشروط* (ج١، ص ١٦–٢٧) حيث تعرض لبيان الضابطة، والظاهر ان آراء مؤلفه هو آراء والده سيدنا الاستاذ الخوئي قدس سره.

قال العلّامة رحمه الله في أوّل كتاب الضمان: وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد. والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه.

و قال في *جامع المقاصد* في شرح المتن: هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع الصحة وهو صريح *التذكرة* هناك، وهو الأصح للأصل و انتفاء المانع.

فان قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والابراء لايدخله خيار الشرط؟

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا انه يتضمّنه، فاذا تحقق النقل غيرمتزلزل تحققت البراءة وإلّا فلا.

أقول: ظاهر العلّامة ان فساد جعل خيار الشرط لاجل اعتبار التنجيز، لكنه

---

١. *المصدر*، ص١٦٧.

غيرواضح و ان لمنقل بانه إلتزام في التزام كما سبق عن بعض المعلقين علي *العروة*.[١]

وللعلامة‌ؒ دليلٌ آخر في ضمان القواعد، قال: ولو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً، لانه ينافي مقتضي الضمان، فان الضامن على يقين من الغرر. وجوابه ان الشروط كلها مخالفة لمقتضي العقد ولا دليل على بطلانها الا لزوم التناقض كأن يقال بعتك بشرط ان لاتملك، وليس هو مدلولا للدليل اللفظي حتى يتمسك باطلاقه في غير فرض التناقض، كما ذكره الماتن في حاشية المكاسب والسيد الاستاذ الخوئي في درسه.[٢]

## تكملة البحث

قال المحقق في بحث الخيارات من كتاب تجارة الشرائع: و(اما) خيار الشرط (ف) يثبت في كل عقد (لازم معاوضة كان اولا) عدا النكاح والوقف. وفي *الجواهر*:[٣] بلا خلاف أجده في المستثنى منه الا في الضمان من الفاضل في أحد قوليه. والصلح مطلقاً من المحكي عن *المبسوط والخلاف* وخصوص ما يفيد منه فائدة الابراء من الكركي... والكل شاذ ضعيف لعموم المقتضي وعدم ثبوت أن ما في الذمة إذا انتقل لا يعود، بل هو نقض بجملة من المقامات.

يظهر من كلام صاحب الجواهر أن القول بالمنع شاذ منحصر بقائل واحد. لكن في كتاب الشروط[٤] المشهور دخول خيار الشرط في الضمان، واختار جماعة عدمه وعن الشيخ النائيني‌ؒ أفاما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي لأن من أثره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبرائة المدين، فارجاعه إلى ما كان لايمكن إلّا بضمان آخر... .[٥]

---

١. ولاحظ: كتاب الشروط، ج١، ص١٧١ ـ ١٧٤ و لاحظ: صحيحة سلمان‌بن‌خالد التي استدل بها النائيني على نفوذ الشرط مع التعليق.

٢. صحة اشتراط عدم مخالفة الشروط لمقتضي العقد لها دلائل مذكورة في محله، فلاحظ كتاب الشروط (مثلاً ج١) *مصباح الفقاهه*، ج٦، ص١٦٦.

٣. ج٢٣، ص٦٢.

٤. ج١، ص٧٠ لمؤلّفه السيد الشهيد محمدتقي ابن سيدنا الاستاذ الخوئي‌ؒ.

٥. *المصدر*، ص٧٤، نقلا عن *منية الطالب في شرح المكاسب*، قسم الخيارات، ص٥٧.

و عن السيد الاستاذ الخوئي‌ﷺ أيضا منع دخول خيار الشرط فيه لان الضمان لا يقاس بسائر العقود، فان له طرفاً ثالثاً وهو المضمون عنه الذي برئت ذمته بالضمان فكيف تشتغل ثانياً من دون رضاه. وليس كسائر العقود التي لايعدو الحق غير الطرفين، فلايكفي رضاهما لجعل هذا الخيار في الضمان.

و هذا هو العمدة وان فرضنا اللزوم من الحق لا من الحكم لكن يمكن أن نجيب عن قول السيد الاستاذ وشيخه النائيني ـ رحمهما الله تعالى ـ بان الجمع بين روايات الضمان وروايات نفوذ الشروط أنّ ذمة المدين انما تبرء في الضمان المشروط بالخيار براءة متزلزلة لا مطلقاً فلا مانع من اشتغال ذمته ثانياً بعد فسخ الضمان.

و يشير إليه ما عن *مفتاح الكرامة*:[1] فاذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة والا فلا، فليتأمّل فيه.

و أورد عليه في كتاب الشروط:[2] لكنه خلاف ظاهر تسالمهم على إقتضاء الضمان بمجرده لنقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. قلت: لكنه نوع مصادرة. وعبارة *مفتاح الكرامة* كأنّها مأخوذة من عبارة *جامع المقاصد* المتقدمة. و على كل لا فرق فيما ذكرنا بين الضمان التبرعي وغيره[3] ودعوى تسالم الاصحاب على ما ذكر مع ملاحظة كلام الجواهر لاتخلو عن غرابة.

**(مسألة ٦) إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه وقلنا أنه يتبع بما ضمن بعد العتق لايبعد ثبوت الخيار للمضمون له.(١)**

(١) قيل: لانه نوع من الاعسار الموجب للخيار، لكنه لولا قاعدة نفي الضرر لميكن للخيار دليل. وقد عرفت أن قاعدة نفي الضرر عند أهل العصر نافية لاتثبت الخيار، وانما تجعل العقد غير لازم.

---

١. ج ٥، ص ٣٥٢.

٢. ج ٢، ص ٧٥.

٣. لاحظ: كتاب *الشروط*، ص ٧٠ ـ ٧٦ ان شئت تفصيل البحث وان كان مختاره وهو مختار والده ضعيفا كما ذكرناه في المتن.

**(مسألة ٧) يجوز ضمان الدين الحال حالاً و مؤجلاً[٢] بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص[٣] والقول بعدم صحة الضمان إلّا مؤجلاً و إنه يعتبر فيه الأجل كالسلِم ضعيف[٤] كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا أو بالنقص. ودعوي أنه من ضمان ما لم‌يجب كما ترى.**

(١ ـ ٢ ـ ٣) كما يستفاد من اطلاق صحيح عبدالله‌بن‌سنان السابق في الجملة، واطلاق «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». و في *الجواهر*[١] في فرض ضمان الدين الحال مؤجّلاً، بعد دعوي الإجماع عليه تبعاً للشرائع: إذ هو تأجيل للدين لا تعليق للضمان.

نعم ذهب في *جامع المقاصد* تبعاً للشيخ وفخر المحققين‌ﷺ إلى منع ضمان المؤجّل حالا واستدلّ له الشيخ في محكي كلامه بأنّ الفرع لايكون اقوي من الاصل. قلت: هو لايرجع إلى محصل.

و أوجه منه ما عن ابن‌العلّامة، نقله والده عنه في *المختلف*: من ان الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غيرواجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم‌يجب فلايصح عندنا.

و جوابه ان المضمون نفس الدين فقط والاجل ظرف أداء الدين.

و هذا الاختلاف يجري في فرض ضمان المؤجل مؤجلاً بأجلٍ أقلّ من أجله الاول أيضاً.

(٤) لاطلاق الادلة، خلافاً للشيخ وغيره، بانه لايصح ضمان الدين حالاً، سواء كان حالاً أو مؤجلاً، فكأنّ الأجل داخل في حقيقة الضمان عندهم أو هو شرط صحته، ولا دليل عليه.

**(مسألة ٨) إذا ضمن الدين الحال مؤجّلاً باذن المضمون عنه[١] فالأجل للضمان لا للدّين[٢] فلو اسقط الضامن أجله أو أدّي الدّين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأنّ الذي عليه كان حالاً و لم‌يصر مؤجّلاً بتأجيل الضمان[٣] وكذا إذا مات قبل إنقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون**

---

١. ج ٢٦، ص ١٣٩.

**عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجّلاً حتي بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.(٤)**

(١) ذكر هذا القيد لاجل الحكم الآتي من جواز رجوع الضامن على المضمون عنه، وإلّا فلا دخل له في أصل المسألة و ان الأجل للضمان دون الدين.

(٢) كما عن جمع، وقبل في وجهه: أنه أجل لجواز مطالبة الضامن فلاتجوز مطالبته قبله، وهو لايرتبط بالدين الّذي كان في ذمة المضمون عنه، فانه لم‌يكن مؤجّلاً قبل الضمان، والضمان لايقتضي تأجيله، لأنّ الشرط لم يكن متعلقاً به، وانما كان متعلقاً بالضامن.[١]

أقول: ما افيد غيرواضح، والدين في الواقع لايخلو من كونه حالا أو مؤجلاً ولا يتصف بكونه حالاً ومؤجلاً في وقت واحد، والاهمال في الواقع غير متصور، والعمدة ان الدين كان حالاً في ذمة المضمون عنه، ومقتضي اطلاق اذنه للضامن هو جواز رجوعه عليه من أداء الدين حالاً، فلا مانع من الرجوع المذكور في الصور المفروضة في المتن. نعم لو اذن للضامن بشرط التأجيل لم يصح رجوعه في الصور المذكورة قبله وان أدّاه الضامن عملاً بالشرط.

(٣) و أورد عليه بانه بعد فراغ ذمة المضمون عنه من الدين لاجل الضمان، لا دين هناك كي يعلل به الحكم. وكان اللازم على الماتن تعليله باطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفعه، المقتضي للحلول... .

أقول: نعم، لكن عرفت ان العمدة في جواز الرجوع اطلاق اذن المضمون عنه وطلبه، هذا اولاً وثانياً انا لم‌نجد اطلاقاً في أدلة جواز الرجوع على المضمون عنه، حتى خبر عمربن‌يزيد[٢] فما أدّعاه سيدنا الاستاذ الحكيم غير واضح.

(٤) عرفت حقيقة الحال منافي البند الثاني.

**(مسألة ٩) إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحلّ ما عليه وأخذ من تركته، ليس للورثة الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل اصل الدين، لان**

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٨٦.

٢. *الوسائل*، كتاب الضمان، ب ٦، ح ٢.

**الحلول على الضامن بموته لايستلزم الحلول على المضمون عنه. وكذا لو اسقط أجله وأدّي الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع علي المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل.**(١)

(١) كأنّه لايوجد فيه خلاف، والله العالم ويعرف وجه المسألة من المسألة السابقة وكذا جواب المناقشة فيه. نعم إذا فهم من اطلاق الاذن وطلب الضمان جواز الرجوع بعد الاداء ولو قبل انصرام الأجل جاز الرجوع عليه، وهو آمر آخر. ويحتمل التفصيل بين المثالين، فيقال في الاخير بقول الماتن ولمشهور وفي الاول بجواز رجوع الورثة على المضمون عنه لقاعدة العدل التي بحثنا عنها في كتابنا *الارض في الفقه*.

**(مسألة ١٠) إذا ضمن الدين المؤجّل حالا باذن المضمون عنه، فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، والا فلايجوز، الا بعد انقضاء الأجل والاذن في الضمان اعم من كونه حالا.**(١)

(١) ما أفاده وان كان متيناً كبرويا في الجملة، لكن لايبعد ان يقال ان طلب الضمان للدين المؤجل، حالا دليل عند العرف علي جواز الرجوع عند الاداء واذن فيه كما ذكره بعض المعلقين وغيره، ونقل في *المستمسك*[١] اقوالاً خمسة أو ستة، واختار هو ﷺ جواز الرجوع على المضمون عنه بسؤاله، مطلقاً، لاطلاق ادلة الرجوع على المضمون عنه، لكنا لم نقف على هذه الادلة ولم يذكرها هو ﷺ.

**(مسألة ١١) إذا ضمن الدين المؤجّل بأقل من أجله وأدّاه ليس له الرجوع إلى المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله**(١) **وإذا ضمه بازيد من أجله فاسقط الزائد وأدّاه جاز له الرجوع عليه على ما مرن ان أجل الضمان لايوجب صيرورة اصل الدين مؤجلاً**(٢) **وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد، فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه.**(٣)

(١) هذا إذا أذن المضمون عنه بضمان الدين المؤجّل بأجله، واما إذا أذن بأقل من أجله فاذنه اذن بالاقل فللضامن الرجوع عليه بعد الأداء.

---

١. ج١٣، ص٢٨٨-٢٨٩.

(٢) تقدم ان العمدة في جواز الرجوع هو إطلاق إذن المالك بتقريب مرّ، لا بما ذكره الماتن.

(٣) حال الموت حال الاستقاط في ان جواز الرجوع وعدمه يدور مدار اذن المالك على ما عرفت. إلّا على احتمال مرّ منا.

**(مسألة ١٢) إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه، برئت ذمته[١] ولم يكن له الرجوع عليه[٢] وان كان أداؤه باذنه أو أمره[٣] إلا أن ياذن له في الأداء تبرعاً منه في وفاء دينه كأن يقول: أدّ ما ضمنت عني و ارجع به علي[٤] على اشكال في هذه الصورة أيضاً، من حيث أن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لايلزم الوفاء به[٥] و إذا ضمن باذنه، فله الرجوع عليه بعد الاداء و ان لم‌يكن بإذنه[٦] لانه بمجرد الاذن في الضمان اشتملت ذمته من غير توقف علي شيء. نعم لو أذن في الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع اليه، لأنّ الاذن على هذا الوجه كلا إذن.**

(١) فان الضمان بمنزلة اداء الدين تبرعاً بالنسبة إلى برائة ذمة المضمون عنه. واما إذا ضمن بقصد الرجوع إليه، ففي بطلان القصد أو عقد الضمان وجهان، وعلى الثاني يبني ذمة المضمون عنه المدين مشغولة بدين الدائن.

(٢) لاصالة براءة ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن المتبرع، وفي *المستمسك* جعل الاجماع المدعي في لسان جمع (و في *الجواهر*: الاجماع بقسميه عليه ج ٢٦، ص١٣٣) حجة على براءة ذمته، والا فلا مجال للاصل بعد وجود اطلاق دليل الرجوع على المضمون عنه بعد اداء الدين.

قلت: تقدم منا أنكار هذا الاطلاق وهو ﷺ مطالب بإراءته.

(٣) وهو أيضاً اجماعي[١] و دليله أن الاذن في اداء ما وجب، أو الامر به ليس من أسباب الضمان.

(٤) لما في *الجواهر* (ص ١٣٥) من قاعدة احترام مال المسلم وضمانه إلّا إذا بذله

---

١. *الجواهر*، ج ٢٦، ص ١٣٤.

على جهة التبرع به. ثم قال: و لاينافيها وقوع الضمان بغير إذنه، فانـه لاينـافي تبـرع المضمون عنه بالوفاء فقوله حينئذ: أدّعني وارجع بـه علـي كقولـه لأجنبـي: أدّ عـن الضامن المتبرع وارجع به علي.

(٥) لما في المتن وغيره من انه مجرد وعد لايجب الوفـاء بـه. وفـي *مستمسـك*[١] السيد الاستاذ: ان الوعد يختص بالاحسان المجاني ولا مجانية في الفرض لان الآمر أمر بالتبرّع عن نفسه. نعم إذا أمره بالوفاء عن نفس المأمور، فقال: ادّ دينك ولا تعص ربك وعلي عوضه كان من الاحسان المجاني فيكون وعداً لايجب الوفاء به.

ثم الاظهر وجوب الوفاء بالوعد كما ذكرناه في *حدود الشريعة* لكنه حكم تكليفي لا وضعي كما هو المبحوث عنه في المقام.

---

١. ج١٣، ص٢٩٣.

# قاعدة احترام مال المسلم

قال رسول الله صلى الله عليه وآله حين وقف بمنى حتى قضى مناسكها: فإن دمائكم و أموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا وبلدكم هذا... فانه لا يحلّ دم امريء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه. كما في صحيح زيد الشحام عن الصادق عليه السلام.[1]

و قال صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر و أكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه، (موثقة أبي‌بصير عن أبي‌جعفر عليه السلام.[2]

المتيقن من حرمة الأموال و الدماء في الحديثين الشريفين معاً هو الحرمة التكليفية دون الوضعية و الضمان، فان استفادة ذلك غيرظاهرة منهما حق الظهور.

و قال سيدنا الاستاذ الخوئي كما في *مصباح الفقاهة* (حول قاعدة ما يضمن بصحيحه...) ان الحرمة ليست بمعنى الاحترام، بل هو بمعنى التحريم، ولا أقلّ من الشك، فلايحرز أنها بمعنى الاحترام حتى يستفاد منها الضمان.

و فيه أولاً ان الحديث الاول يدل على ان الحرمة بمعنى الاحترام كما يفهم من التشبيه المذكور فيه.

و ثانياً أن دلالة مجرد الاحترام على الضمان غيرواضح كما أشرنا إليه أوّل مرّة. والظاهر من الجواهر أنّ المراد باحترام مال المسلم هو الضمان[3] وعرفت النظر فيه.

---

١. *الوسائل*، ج ١٩، ص ٣ و ج ٢٩، ص ١٠.

٢. *المصدر*، ج ١٢، ص ٢٩٧، ب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة من كتاب الحج.

٣. *مصباح الفقاهة*، ج ٢٦، ص ١٣٤.

بقي في المسألة فروع:

أوّلها: المثال المذكور في *الجواهر*: أدِّ عن الضامن المتبرّع وارجع به علي. ونظائره معاملة عرفية والمتشرعة عاملون بها، فالضمان فيه ضمان معاوضة. وفي *المستمسك* (ص ٢٩١) انّها نظير القرض الذي هو تملك للعين بالضمان بالمثل أو بالقيمة. فإذا قال: اقرضني درهماً أو ثوباً كان ضامناً لدرهم في الأول ولقيمة الثوب في الثاني.

ثانيها: إذا كان الاستيفاء بالأمر لا على وجه الضمان كما في سابقه، كما إذا قال ادّعني ديني أو أدّ عن الضامن المتبرع دينه أو قال خط ثوبي أو اصلح نعالي و أمثال ذلك، فالظاهر أيضاً ضمان الأمر و لايسمع منه عرفاً دعوى قصد المجانية وعدم الضمان، ما لم يقصدها المأمور.

و هذا الضمان في فرض التفات المأمور إلى الأجرة ضمان معاوضة وفي فرض الغفلة ضمان عدالة فان استيفاء عمل الغير وماله ظلم وعدوان مخالف لقاعدة العدل التي ذكرناها في كتابنا «الارض في الفقه». وقيل أن الضمان لقاعدة احترام المال ومرّ ما فيه.

ثالثها: إذا استوفي عمل الغير بالأمر لنفس الفاعل لا لنفسه ـ كما في موارد الأمر بالمعروف غيره ـ لايضمنه بل السيرة على خلافه في الجملة.

و اما إذا اشتمل على العوض كما إذا قال: صل اليومية ولك أن أعطيك لكل صلاة أو في كل يوم درهماً، فمن جهة الحكم التكليفي لايبعد وجوب الوفاء به خلافاً للمشهور علي ما قرّرناه في كتابنا حدود الشريعة، و اما من جهة الحكم الوضعي قال السيد الاستاذ الحكيم[1] لايجب عليه دفع العرض ـ أي الدرهم المذكور ـ لانه وعد و إحسان مجاني فلايجب الوفاء به. اقول: وفيه بحث إذ لا دليل لفظي عليه يتمسك باطلاقه. و أشكل منه قوله: صل النوافل اليومية أو اعمل العمل الفلاني المستحب لنفسك ولك علي كذا، أو زر الإمام الفلاني وعلى نفقتك. بل في الاخير يرجع الفاعل

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص٢٩٢.

على الأمر رجوع المغرور علي الغار، ويمكن أن يستدل للضمان في الأمثلة الثلاثة. بقوله تعالي «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» بناء على ان العقد المذكور في الآية يشمل التفرد والايقاعات ومحل البحث، ولا وجه لحملها على العقود المصطلحة الفقهية فقط. فلاحظ و تأمل.

٥ وجهه واضح، و كأنه لا خلاف فيه وقد ادعى جمع عليه الإجماع ومعه لا حاجة إلى الاستدلال بخبر ضعيف كما في *المستمسك* وغيره.

**(مسألة ١٣) ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه[١] و إنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّي، فليس له المطالبة قبله،**

**إمّا لأن ذمة الضامن و إن إشتغلت حين الضمان بمجرده، إلّا أنّ ذمة المضمون عنه لاتشتغل إلّا بعد الاداء و بمقداره[٢]**

**و إمّا لأنّها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء[٣] فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه.[٤]**

**و إمّا لأنّها و ان اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء.[٥]**

**و ظاهرهم هو الوجه الأوّل[٦] وعلى أي حال، لا خلاف في اصل الحكم، و ان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة و اشتغال ذمته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة الضامن[٧] سواء أدّي أو لم‌يؤدّ. فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالإجماع وخصوص الخبر[٨] عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه. قال: ليس له إلّا الذي صالح عليه. بدعوى الاستفادة منه ان ليس للضامن إلّا ما خسر، و يتفرع على ما ذكروه أنّ المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه اصلاً، و ان أبرأ من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالاقلّ كما هو مورد الخبر[٩] وكذا لو ضمن ضامن تبرعاً فأدّي، فانه حيث لم‌يخسر بشيء لم‌يرجع على المضمون عنه و أن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.[١٠]**

(١) بل ادعى الماتن عليه الاجماع تبعا لغيره. وفي *المستمسك*: قد أخذ الاداء

موضوعاً للرجوع في معاقد الإجماعات. وخالفه السيد السيستاني وحكم في ضمان منهاجه (في المسألة ١١٤٢) بجواز رجوع الضامن على المضمون عنه قبل وفاء مال الضمان، وهذا هو المتعين إذا اشترط الضامن وفاء الدين من مال المضمون عنه، و لعله خارج عن مقصودهم و ان محل بحثهم فرض اطلاق ضمان الضامن أو فرض ادائه من ماله. فإن اطمئن أحد بفتوى المشهور لاجل الإجماع فهو وإلّا فلا بأس من الحكم بجواز المطالبة للضامن حتى قبل وفاء الدين، فانه مقتضى القاعدة كما اعترف الماتن رحمه الله و سيأتي بحثه.

(٢) هو خلاف ظاهر العقد الظاهر عرفاً في إشتغال ذمة الضامن للمضمون له و برائة ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى المضمون له و اشتغال ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن. و اما عدم مطالبة الزيادة من الاداء فستعرف حاله عند التعرض للخبر الدال عليه.

(٣) هذا الوجه لا اشكال عليه وهو محتمل. وقد تقدم ان الضمان المعلّق لا اشكال فيه.

(٤) أي هو من الشرط المتأخّر.

(٥) هذا أيضاً محتمل و لايرد عليه شبهة التعليق، فان الضمان فعلي و جواز المطالبة معلّق. لكنه لا ملزم له و هو مناسب بالخواص و يبعد فهمه عند أهل العرف.

و هنا احتمال رابع لعلّه أقرب من الاحتمالات الثلاثة في المتن، وهو ثبوت ضمان المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن بعد برأة ذمته بالنسبة إلى المضمون له، لكن ضماناً متزلزلاً يستقر بالأداء لكن ذلك إذا تمت دعوى الاجماع و دلالة الخبر الآتي. و قيل: و إذا لم‌يحصل الاداء بطل الاشتغال و انفسخ و اما الاحتمال الثالث في المتن، فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان و بقاؤه و ان لم‌يحصل الاداء أبدا.[1]

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٩٤.

(٦) والمتيقن انه قول جمع ونسبته إلى ظاهر العلماء تحتاج إلى ارائه شواهد من كلماتهم بعد المتتبع، والله العالم.

(٧) ما أفاده مطابق لفهم العرف كما أشرنا إليه في البند الثاني وغيره فالضمان المعلق أو المتزلزل عقدي. و الاظهر انه ضمان فعلي غيرمتزلزل و غيرمعلق بعد عدم حجية الخبر و الإجماع المنقول.

(٨) أما الإجماع فقد سبق الكلام فيه. و أما الخبر فهو خبر عمربن‌يزيد المروي في *الكافي*[١] بسند معتبر عن ابن‌بكير عنه قال: سألت أباعبدالله‌عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضماناً، ثم صالح عليه. قال: ليس له الا الذي صالح عليه.

و رواه في التهذيب[٢] مرسلاً عن عمربن‌يزيد.

و رواه أيضا فيه[٣] عن الحسين‌بن‌سعيد عن محمدبن‌خالد عن ابن‌بكير عن عمربن‌يزيد بلفظ: سألت أباعبدالله‌عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح على بعض ما صالح عليه؟ قال ليس له إلّا الّذي صالح عليه.

و رواه ثالثاً فيه[٤] ايضاً عن محمدبن‌علي‌بن‌محبوب عن بنان‌بن‌محمد عن صفوان عن ابن‌بكير، قال: سألت اباعبدالله‌عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح علي بعض ما صالح عليه؟ قال: ليس عليه إلّا الذي صالح عليه.[٥]

اقول: لايبعد سقوط كلمة عمربن‌يزيد عن الاخيرة، بعد أن عبدالله‌بن‌بكير يروي الفاظاً واحدة تارة عن عمربن‌يزيد، واخرى عن الصادق‌عليه السلام بلاواسطة وعليه فهي رواية واحدة يرويها عمربن‌يزيد وهو مشترك بين ثلاثة اشخاص و ادعاء سيدنا الاستاذ الخوئي‌قدس سره في معجم رجاله، انصرافه إلى الثقة غيرواضح و كذا دعوى غيره من بعض أهل الاستنباط فلايصح الاستدلال به سندا.

---

١. *الكافي*، ج ٥، ص٢٥٩.

٢. *التهذيب*، ج ٦، ص ٢١٠.

٣. *المصدر*، ص ٢٠٦.

٤. *المصدر*، ص ٢١٠.

٥. جامع *الاحاديث*، ج٢٣، ص ٤٥٤.

و على فرض التعدد يضعف خبر ابن‌بكير بجهالة بنان (عبدالله) بن‌محمد، و خبر *التهذيب* الاول مرسل لايعلم سنده أياً من كان عمربن‌يزيد. هذا من جهة السند و أما من جهة الدلالة فضعف الخبر الأول واضح، فانه لا دلالة له على نفي ضمان المضمون عنه ولا على عدم جواز مطالبة الضامن عنه قبل الاداء، والماتن ايضاً لم‌يجزم به، بل ظاهره التوقف، و ان كان اللازم عليه رد الخبر نضعف دلالته، وانما هو يدل على انه ليس للضامن إلّا ما ادّي للمضمون له، فلو صالح على مقدار أقل من الدين فليس له أزيد منه على المضمون عنه. و اما الخبران الاخران في *التهذيب* فمتنهما مجمل كما لايخفي. والمسلم انهما لايدلان على ما قالوا.

(١٠) بناء على سقوط الخبر عن الحجية بضعف السند يبطل تفرع الفروع الاربعة وغيرها كلها، و للضامن الرجوع على المضمون عنه بتمام دينه المضمون. وأمّا بناء على حجية الخبر فتفرّع الفرعين الاولين عليه واضح دون الاخيرين والله العالم.

## فوائد

١. الاجماع ادعي على عدم جواز المطالبة وعدم الرجوع، لا على نفي الضمان قبل اداء الضامن ولذا يظهر من *الشرائع* تحقق ضمان المضمون عنه قبل أداء الضامن فلاحظه في أول ص ٢٩٥ *مستمسك العروة*.

٢. في *المستمسك*:[١] لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بأمر المضمون عنه، وكان ذلك ضرراً على الضامن، كان مضموناً على المضمون عنه ذكره في تصحيح المتن: (كان مقتضي القاعدة جواز المطالبة...) و فيه ان نفي الضرر دليل سلبي لايثبت الضمان. نعم لا بأس بان يستدل عليه ببناء العقلاء و قاعدة العدل.

٣. قال في *جواهر* لاثبات نفس المدعي المذكور في *العروة*: بان الضمان نوع اداء و لفرض حصوله بإذنه فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه. ورد بانه لم‌يثبت كون

---

١. ج١٣، ص ٢٩٥.

الضمان اداء بالنسبة إلى ذلك (أي ضمان المضمون عنه) و إن كان هو كالاداء بالنسبة إلى ابراء ذمة المضمون عنه.

اقول: النظران مبنيان على ان سبب ضمان المضمون عنه هو الأداء، فالاول يقول ان الضمان اداء والثاني ينفيه (والحق مع الثاني على هذا الفرض) لكن لا ملزم له، و ان الاداء ليس سبب اصلاً، بل السبب الضمان الايقاعي كما سبق منافي التعاليق السابقة في هذه المسألة.

٤. وعن بعضهم وكأنه المحقق النائيني‏ﷺ: ان القاعدة تقتضي ذلك، من جهة ان اشتغال ذمة المضمون عنه انما يكون باستيفائه لمال الضامن، وهو انما يحصل بالاداء وقبله لا استيفاء. أقول: وفيه أن الضمان في المقام ليس من الاستيفاء بل من العقد. والاداء لايرتبط بالمضمون عنه بل بالضامن وفراغ ذمته.

**(مسألة ١٤) لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه[١] و لايكون ذلك في حكم الابراء وكذا لو أخذه منه ثم ردّه هبة.[٢] و اما لو وهبه ما في ذمته، فهل هو كالابراء أولا؟ وجهان، و لو مات فورثه الضامن لميسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.**

(١) في تردد لا سيما بناء علي ضمان المضمون عنه بالاداء، و على رأينا من حذف الخبر سنداً ودلالة وعدم الاعتماد على الاجماع المنقول فلا إشكال في المقام.

(٢) هذا مما لا إشكال فيه على جميع الاقوال والمباني، كفرض الإرث.

**(مسألة ١٥) لو باعه او صالحه[١] المضمون له بما يسوي أقلّ من الدين أو وفاه الضامن بما يسوي أقلّ منه، فقد صرح بعضهم بانه لايرجع على المضمون عنه إلّا بمقدار ما يسوي. وهو مشكل[٢] بعد كون الحكم على خلاف القاعدة وكون القدر المسلّم غير هذه الصورة و ظاهر خبر الصلح، الرضا من الدين بأقلّ منه، لا ما إذا صالح ما يسوي أقل منه. و اما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.[٣]**

(١) استظهر في *المستمسك* أنّ اصل العبارة: لو باع أو صالح و قال: و فاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل.

(٢) ما أفاده الماتن﴿ره﴾ من الدليل لا بأس به، ولكن يحتمل التفصيل بين البيع فيقال بقول الماتن و بين غيرالبيع من الصلح والوفاء فيقال بعدم الرجوع لقرب شمول الخبر ان قبلناه ـ له عرفاً لا لفظاً.

(٣) لان الضامن متبرّع بالزيادة، فلا وجه لتعلقها بذمة المضمون عنه، ولعله لا خلاف فيه.

**(مسألة ١٦) إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل ادائه، فإن كان ذلك بعنوان الامانة، ليحتسب بعد الأداء عمّا له عليه، فلا اشكال، و يكون في يده أمانة، لايضمن لو تلف إلّا بالتعدي أو التفريط[1] و ان كان بعنوان وفاء ما عليه، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و ان لميجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن[2] أو قلنا باشتغاله لها حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني. و ان قلنا انه لاتشتغل ذمته إلّا بالاداء حينه ـ كما هو ظاهر المشهور ـ فيشكل صحته وفاء، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد[3] فيكون في يده بالعقد الفاسد و بعد الاداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.[4]**

(١) كما هو المطرد في كل أمانة مالكية.

(٢) الضمان الفعلي هو مقتضي عقد الضمان عرفاً، وخبر عمربن‌يزيد مضافاً إلى الاشكال في سنده لا دلالة لا على نفي ضمان المضمون عنه قبل اداء الضامن، وأمّا جواز المطالبة ووجوب الدفع، فلايبعد انه تابع للقرينة اللفظية أو الحالية ومع فقدها ففي رجوع الضامن إلى مقتضي الضمان الدال على وجوب الدفع، ورجوع المضمون عنه إلى إصالة البرائة من عدم وجوب الدفع وجهان.

(٣) كما عن العلامة في تذكرته حيث قال بالاشتغال فيجب عليه رده.

(٤) قيل مع الشك يكفي استصحاب الاذن السابق.

و اما عدم ذكر الماتن احتمال التهاتر والتقاص كما ذكره في المسألة الآتية فلاجل وجود المال المضمون عنه في يد الضامن في الخارج فليس هو في الذمة.

**(مسألة ١٧) لو قال الضامن للمضمون عنه: إدفع عنّي إلى المضمون له ما علي من مال الضمان فدفع، برئت ذمتهما معا[(١)] أما الضامن فلأنه قد أدّي دينه. و اما المضمون عنه فلان المفروض ان الضامن لم‌يخسر، كذا قد يقال[(٢)] و الاوجه ان يقال: ان الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء، و المفروض ان ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له، حيث انه أذن له في الضمان، فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، و لاشتغال ذمة المضمون عنه، حيث ان الضمان باذنه، و قد وفي الضامن فيتهاتران أو يتقاصان[(٣)] و اشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المذكور في غير محله.[(٤)]**

(١) كما في *الشرائع*.

(٢) كما في *المسالك* وقال: و يمكن اعتبار التقاص القهري. وعلى كل قول *المسالك* ضعيف بضعف خبر عمربن‌يزيد اولا و بضعف استظهار عدم الخسران منه ثانياً كما مر. وفي *المستمسك*[١] عليه إشكال آخر.

(٣) التقاص فعل اختياري للمكلف وهو من العناوين القصدية، بخلاف التهاتر فانه من الاعتبارات الشرعية. وفي جملة من الحواشي ان المقام من التهاتر دون التقاص. ووجهه ما عرفت. وبالجملة مختار الماتن متين.

(٤) قال في *الجواهر*:[٢] و فيه أن اداء دين الضامن المأذون، بمال المضمون عنه بإذن الضامن لايقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لايستحق رجوعاً على المضمون عنه لعدم حصول الاداء منه، فلاتقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما فتأمل.

---

١. ج ١٣، ص ٣٠٣.

٢. *جواهر الكلام*، ج ٢٦، ص ١٥٥.

وردّه في *المستمسك*[1] بان الموجب لضمان الضامن لما أدّاه المضمون عنه، أمر الضمان له بالاداء الموجب لصدق الاستيفاء الذي هو من أسباب الضمان لا لتحقق القرض حتى يتوقف على قصده ولا لتوقف الوفاء على كونه مديوناً للمديون حتى يمنع ذلك...

اقول: وهذا الايراد وارد و كلام الجواهر عجيب من قائله.

و هنا تفصيل آخر للسيد گلپايگاني (الجلبايجاني) في التعليقة: بل الأوجه التفصيل بين القول باشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان فيشتغل ذمة الضامن للمضمون عنه بالاداء فيتهاتران وبين القول بعدم الاشتغال الا بعد أداء الضامن، فان أدّى المضمون عنه مجاناً فلاتشتغل ذمته لعدم خسران الضامن وان أدّى باذنه بقصد اخذ العوض منه، فإن أعطاه الضامن عوض ما أدّى عنه باذنه اشتغل ذمة له بالدين لانه خسر باعطائه وإلّا فلا كما مر في أداء الضامن ص ٧٦٩ من *العروة*.

**(مسألة ١٨) إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معا كما لو دفعه اجنبي عنه.**

أقول: وجهه واضح بعد المباحث المتقدمة.

**(مسألة ١٩) إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه و أدّي، ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن، بل و كذا لو ضمن بالاذن فضمن عنه ضامن باذنه، فانه بالإداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الاول.**

اقول: فان الضامن الثاني ضمن عن الضامن الاول فلا حق له في الرجوع على المضمون عنه الأول. لكن إذا لم‌يمكن الرجوع على الضامن و أمكن الرجوع عليه لا بأس بالزام الحاكم اياه لقاعدة العدل.

**(مسألة ٢٠) يجوز أن يضمن الدين بأقل منه، برضي المضمون له[1] وكذا يجوز أن يضمن باكثر منه. و في الصورة الاولي لايرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان**

---

١. ج١٣، ص٣٠٣.

**إلا بذلك الأقل،(٢) كما ان في الثانية لايرجع عليه إلا بمقدار الدين.(٣) إلا إذا اذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.**

(١) تقدم ان الضمان في المقام بمعنى نقل ما في الذمة إلى ذمة الضامن، وعليه يمتنع ما فرضه في المتن في الصورتين، الا أن يرجع إلى ضمان البعض و الابراء من الباقي. وكذلك في الفرض الثاني يرجع إلى الإشتراط والالتزام باعطاء الزيادة مجاناً.

اقول: إذا كان الضمان مع الزيادة باذن المضمون عنه ورجوع الضامن عليه، يجري بحث الرباء و لماجد عاجلاً من ذكره فتأمل. فان الزيادة جائت من قبل الشرط في العقد، لا من القرض.

و أما بالنسبة إلى الاشكال الأول فيمكن أن نخلص عنه بلحاظ اطلاق قوله «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». بان يقال ان الضمان يقع على أقسام أحدها ما مر من نقل ما في الذمة إلى الذمة الاخرى ومنها اثبات بدل ما في الذمة في ذمة اخرى أقل منه أو أكثر، و هذا إن لمتشمله الروايات الخاصة فرضاً يشمله قوله تعالي: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». فهو ضمان عرفي و ان لميكن بالاصطلاحي الفقهي فرضاً و لاتجري عليه أحكامه الخاصة بلحاظ الروايات فرضاً.

(٢) لخبر عمربن‌يزيد الذي مر انه غير معتبر أو لان موضوع ضمان المضمون عنه هو الأداء دون العقد و الأداء تعلق بالاقل. و الأوجه أن يقال بإصالة برأة ذمة المضمون عنه من غير الأقل، إذا لميضمن كل الدين قبل تقليل الضامن.

(٣) إذا لميأذن له المضمون عنه، فانه تبرع من الضامن فلا معنى لرجوعه على غيره.

**(مسأله ٢١) يجوز الضمان بغير جنس الدين(١) كما يجوز الوفاء بغير الجنس(٢) وليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه(٣) إلّا برضاه.**

(١) الكلام فيه هو الكلام بعينه في المسألة السابقة.

(٢) قيل بلا اشكال، والنصوص به شاهدة.[١]

(٣) قيل: لا طلاق خبر عمربن‌يزيد: ليس له الا الذي صالح عليه. وقد عرفت ما

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٣٠٥.

فيه بل هذا الخبر يدل على عكس قول هذا القائل وان الضامن لايرجع الا بما صالح عليه لا بأصل الدين. لكن الخبر منصرف عن هذا جزماً فانه سيق في جانب تضييق الضامن لا في اعطاء الاختيار في مال المضمون عنه. ومع قطع النظر عن الخبر فهو تابع للتصريح أو القرينة، ومع جهل المضمون يرجع بالدين.

**(مسألة ٢٢) يجوز الضمان بشرط الرهانة(١) فيرهن بعد الضمان، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان.(٢)**

(١) اقول: يجوز للمضمون له شرط الرهانة على الضامن، كما يجوز للضامن شرطها علي المضمون عنه، بل لا مانع من جوازه للاول على الاخير، بل تكفي رهانة الاجنبي وتصح.

(٢) في *المستمسك*[١] بعد كلام طويل حول صحة شرطة النتيجة: لاينبغي التأمل في صحة شرط النتيجة بعد ما ورد النص به في شرط الضمان في الإجارة والعارية وشرط الاجل في النسيئة والسلف و غير ذلك.

نعم لا مجال للبناء على جواز نذر النتيجة، فان اللام في قول الناذر (لله علي) لام الملك، فيتوجه على نذر النتيجة الاشكالان السابقان (أولهما: انّ النتائج لاتقبل أن تكون مضافة الى مالك، فلايمكن أن تكون شرطاً، بناء على أن الشرط مملوكة للمشروط له. فان له المطالبة به. ثانيهما ان مفاد صيغة النذر مجرد جعل تمليك بين المشروط والمشروط له، لاجعل نفس المشروط، فاذا لم‌يحصل الشرط لايكون ثابتاً و هذا معنى بطلان شرط النتيجة).

و احتمال أن تكون اللام لام التعليل ويكون معنى (لله علي) التزمت لله على خلاف الظاهر جداً، فالبناء على المنع من صحة نذر النتيجة في محله.

و في منهاج السيد السيستاني: ولو لم‌يرهن الضامن بعد الشرط ففي ثبوت الخيار للمضمون له اشكال. أقول لكنه ضعيف كما مر.

قال بعض المعلّقين: لكن ذلك لايوجب سقوط اشتراط صحة الرهن بالقبض.

---

١. *المصدر*، ص٣٠٧.

و في *المستمسك*: ولابد فيه من القبض، بناء على اشتراطه في الرهن، إذ لا فرق بين الموارد.

**(مسألة ٢٣) إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من *المسالك* و *الجواهر* انفكاكه، لانه بمنزلة الوفاء(١) لكنه لايخلو عن اشكال هذا مع الاطلاق و اما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبّع.(٢)**

(١) عن *الجواهر* ان الضمان أداء وعن *المسالك* انه بمنزلة الاداء. لكنه غيرواضح، إذ المتيقن انه بمعنى فراغ ذمة المضمون عنه و اشتغال ذمة الضامن مكانه فقط، على المشهور، فالصحيح أن يقال أنّ الرهن إن كان على الوفاء و الاداء فهو باق و ان افرغ الضامن ذمة المضمون عنه، و ان كان على فراغ ذمته انفك الرهن، والظاهر هو الاول عند الاطلاق و ان استظهر *المستمسك* وجمع من المعلقين الثاني، لان الراهن انما وضع الرهن لحسابه لا لحساب المرتهن. وفيه ان المرتهن انما شرط الرهن لحصول دينه كما هو ظاهر. واما على تفسير الضمان بضم ذمة إلى ذمة فلا شبهة في بقاء الضمان عند عدم القرينة.

(٢) عملاً بلزوم العمل بالشرط.

**(مسألة ٢٤) يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد(١) أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام و حينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال(٢) بمعنى صرفه فيه. و على الاول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان(٣) و يرجع المضمون له على المضمون عنه، كما انه إذا نقص يبقي الناقص في عهدته، و على الثاني لايبطل، بل يوجب الخيار للضامن أو المضمون له أو هما. و مع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ و اما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلايصح.(٤)**

(١) اما صحة الشرط فلقوله: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِم»[١] وعن *الجواهر* عدم وجدان الخلاف فيه. واما المراد من قوله: في مال معين. فالاظهر ان يكون الاداء منه.

---

١. *التهذيب*، ج٧، ص ٣٧١.

و اما كونه على وجه التقييد فلعله يريد به كون الضمان مقيداً بالاداء من ذلك المال المعين وان الاداء قيد للضمان أي أضمن الضمان الذي يكون وفـاء مالـه مـن المـال المعين واحتمل في *المستمسك* أن يكون الاداء قيدا للمضمون بمعنى انه يضمن المال الذي يكون وفائه من المال المعين.

(٢) للزوم الوفاء بالشرط.

(٣) فانه مقتضى التقييد و ان فوات القيد يوجب فوات المقيد، و أشكل عليه سيدنا الحكيمؒ بانه يوجب الخيار المسمي بخيار تخلف الوصف دون بطلان العقد. كما إذا قيل بعتك هذا العبد الكاتب، فتبين انه غير كاتب. فلا فرق بـين فـوت القيـد و فـوت الشرط.

و ما يقال من أنّ الصحة ـ مع الخيار ـ في موارد تخلّف الشرط مـن بـاب تعـدد المطلوب وتعدد القصد؛ قصد قائم بالمجموع و بالمشروط و بالموصوف. وقصد قـائم بالبعض و بالخالي عن الشرط و الوصف، فإذا فات القصد الأول كفي القصـد الثـاني. يرده بانتفاء القصدين غالباً كما يقال في فرض القصد، فـالفرق بـين القيـد و الشـرط يحتاج إلى بيان مقبول. هذا

ولكن السيد الخمينيؒ علّق علي فرض التقييد بقوله: صحته كذلك محل اشكال. بل منع، إلّا إذا كان كلياً في المعين، فان له وجه صحة. فان الكلّي في المعين لايخرج من الكلية والذمة على ما هو التحقيق، فيكون ضمانه في دائرة المعين، فمع تلف الكل يبطل الضمان ومع بقاء مقدار الدين لايبطل و بتعين للاداء، و مع بقاء ما يـنقص عنـه يبطل بالنسبة.

و اعلم ان الضمان المفسر بنقل ما في الذمـة إلـى الذمـة لايعقـل تقييـده بالمـال الموجود في الخارج كما يظهر من السيد الاستاذ الخوئي وغيره وقال السيد الخـوئي: فينحصر الأمر في الاشتراط و لايترتب عليه الا وجوب الوفاء بالشرط، كما مـر مـن الاشكال في ثبوت الخيار بتخلفه. لكن اخير كلامه ضعفناه في ما مر، و إن شئت فقل: اشكالات المسألة ثلاثة.

١. القيد بالمال ينافي تعلق الضمان بالذمة فلايصدق عليه الضمان.

٢. التقييد به يستلزم التعليق المفسد للعقد عند المشهور.

٣. لم‌يعلم الفرق بين القيد والشرط.

ولصحة كلام الماتن وجوه:

الأول ما تقدم من تفسير التقييد بأن يكون الأداء منه.

الثاني ما ذكره السيد الخميني من أن يكون العين اكثر من الدين حتى يكون من الكلي في المعين.

الثالث ما عن الشريعتمداري في التعليقة: الا أن يلتزم بكون الضمان نوع تعهد للأداء لكنه خلاف المشهور. وكأنه أخذ من *المستمسك*... ارجاع اشتراط الضمان من مال معين إلى تخصيص حق المضمون له بالمال المعين... عملاً بعمومات الصحة و ان لم‌تكن من الضمان المصطلح... (اول ص٣١٣).

و أورد بعض المعلقين أيضاً علي الماتن بأن ظاهره تقيد الضمان بأداء العين و هو يرجع إلى التعليق الباطل بالإجماع و لم‌أجد من تعرض للمسألة إلا العلّامة ﷺ وهو المتفرد به على ما في *مفتاح الكرامة*. و الظاهر ان مقصوده هو الاشتراط دون التقييد، كما ان صاحب *مفتاح الكرامة* حمل كلامه عليه من دون ذكر احتمال آخر.

اقول: ان تم الايراد فهو وارد على قول السيد الخميني أيضاً:

فائدة: يمتاز حق الرهانة عن حق الجناية أولاً بان الأوّل (مضافاً إلى تعلق الحق بالرهن) يقترن باشتغال ذمة الراهن. وعدم اقتران الثاني باشتغال ذمة المالك (فلايضمن السيد بجناية عبده) وثانياً بأن حق الرهانة مانع من التصرف في الرهن فكأنه بالعين بما أنها مضافة إلى مالكها حال الرهن بخلاف حق الجناية فان غير مانع من التصرف، فلو باع المالك العبد الجاني صح البيع و انتقل الحق معه، فكأن الحق قائم به غيرمقيد باضافته إلى المالك بعينه كما في *المستمسك*.[1]

---

١. ج١٣، ص٣١٢.

فبناء على صحة الضمان في فرض التقييد فالظاهر أن تعلق الدين بالمال المعين تعلق الدين بالرهن فتكون ذمة الضامن مشغولة وعليه الوفاء من المال المعين، ولا مجال لاحتمال كون التعلق به تعلق أرش الجناية، وعلي تقديره يتعين البناء على سقوط الدين بالتلف بدون تفريط، لا أنه يرجع المضمون له على المضمون‌عنه وكما عن العلامة في قواعده فان أرش الجناية المتعلق بالعبد الجاني يسقط بموته أنه يرجع المجني عليه إلى مالكه أو غيره، فانه بعد انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى المال المعين، لا وجه لرجوعه إلى ذمة المضمون‌عنه بتلف موضوعه نظير حق الزكاة الذي يسقط بتلف العين بدون تفريط.

(٤) لان الضمان الخاص المصطلح في الفقه المدلول عليه للروايات الخاصة هو نقل ما ذمة إلي ذمة اخرى و مفروض المتن عدم اشتغال الذمة بل الدين على عهدة المال فهو غيرصحيح، نعم هو صحيح بعنوان أنه عقد من العقود فيشمله قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» و لعله راجع إلى قول السيد السيستاني لا في تعليق جواز المطالبة على عدم ايفاء المضمون‌عنه بل في كونه ليس في الذمة و انه مجرد حكم تكليفي بالنسبة إلى الضامن. فهو من قبل حق الجناية دون حق الرهن كما اوضحه في *المسالك* و نقله السيد الاستاذ حكيم.[١] و العمدة من الحكم المترتب علي الضمان الفقهي هو برائة ذمة المضمون عنه بالضمان إذا رضي به الغرماء لكن في خصوص الميت.[٢]

و اما موثقة ابن‌الجنهم[٣] ففيه برائة المضمون عنه الحي بضمان رضي الدائن على اجمال في فقراته. لكن إذا قصد الضامن برائة ذمة المضمون عنه و رضي به المضمون له فقد برئت ذمته سواء كان الضامن ضامناً للمال في ذمته أو تعهد ضمانه في المال أي سواء على نحو حق الرهن أو حق الجناية وهذا فليكن ببالك في جمع المسائل

---

١. *المصدر*.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٤٢٢.

٣. *المصدر*، ص٤٢٠.

فالثمرة بين الضامن الخاص والعام. يظهر في فرض الاطلاق وعدم قصد ابراء ذمة المضمون عنه.

**(مسألة ٢٥) إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا أنّ الضامن هو المولى... (خارج من محل الابتلاء).**

**(مسألة ٢٦) إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب، أو دفعة، فعلى الأول الضامن مَن رضي المضمون له بضمانه(١) و لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق(٢) و يحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة، خصوصاً بناء على اعتبار القبول من المضمون له(٣) فان الاثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً(٤) و على الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، و إن رضي بهما معاً ففي بطلانه ـ كما عن *المختلف* و *جامع المقاصد*(٥) و اختاره صاحب *الجواهر*(٦) أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة و هكذا(٧) أو ضمان كل منهما، فللمضمون له مطالبة من شاء، كما في تعاقب الأيدي وجوه، أقواها الاخير،(٨) و عليه إذ أبرأ المضمون له واحداً منهما بريء دون الآخر الا إذا علم ارادته ابراء أصل الدين، لا خصوص ذمة ذلك الواحد.(٩)**

(١) في *المستمسك*:[١] تارة يرضي المضمون له بضمان أحدهما دون الآخر و اخري يرضي بضمان احدهما ثم يرضي بالاخر، فعلى الأول صح ضمان من رضي المضمون له به، لحصول شرطه، سواء كان سابقاً أو لاحقاً. و على الثاني صح ضمان الأول و بطل ضمان الثاني لانتفاء موضوعه بالأول، لانه أوجب فراغ المضمون عنه فلا معنى لضمان الثاني.

اقول: ما افاده ناظر إلى الضمان بمعنى نقل ما في الذمة إلى الذمة، و أما بناء على ضم ذمة إلى ذمة، فيصح ضمان الثاني لعدم انتفاء الموضوع كما لايخفي. وكذا بناء على قول السيستاني كما مر في ص ٢٤.

(٢) وعلله في *مفتاح الكرامة* بأن الرضا المطلق رضي بضمان الأول فيشتغل ذمته فينتفي موضوع ضمان الثاني بعد براءة ضمان المضمون عنه.

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٣١٤.

لكنه ضعيف حتى بالانصراف إلّا على القول بالكشف.

(٣) ظاهر موثقة ابن‌الجهم عدم اعتبار رضا المضمون له.[١] لكنه في ضمان الرضا دون اشتغال الذمة. الا أن يتعدي بالاولوية.

نعم في موثقة اسحاق‌بن‌عمار عن الصادق عليه السلام إشعار بعدم اعتباره في ضمان الذمة. ففيه: في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فقال وليه: على دينك قال: يبرئه ذلك و إن لم‌يوفه وليه من بعده... .[٢]

لكنه مقيد بصحيح ابن‌سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت[٣] فانه كالصريح في اعتبار الاذن وكون الضمان عقد لا إيقاع إلا في ضمان الرضا.

(٤) كون الرضا ناقلاً فليكن واضحا مسلماً. وعليه فنسبة الرضا إلى الايجابيين للضمان متساوية كما عرفت. وكذا إذ حملنا صحيح ابن‌سنان على اعتبار الرضا في الضمان لكونه من الايقاع دون العقود على وجه غيرصحيح، فان الرضا و إن كان شرطاً خارجاً عن السبب المؤثر الا انه دخيل في ترتب الأثر، فيكون الأثر مقارناً له و تقدم أحد الايجابيين لا أثر له كما أشار إليه في المستمسك.[٤]

و علي هذا فاحتمال الماتن من الحاق القسم الاول بالثاني اظهر.

(٥) *جامع‌المقاصد*:[٥] اما ماتن *جامع المقاصد* أي العلامة رحمه الله في قواعده فقد توقف في الحكم.

(٦) *جواهر الكلام*:[٦] وجه البطلان: امتناع انتقال الحق دفعة واحدة إلى ذمم متعددة كما عن *المختلف*. وعدم اولوية أحدهما بالصحة. كما في *التذكرة*.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٤٢٥ و *الكافى*، ج٧، ص ٢٥.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص ٣٤٦.

٣. *المصدر*.

٤. *المستمسك*، ج١٣، ص ٣١٤.

٥. ج ٥، ص٣٤٢.

٦. ج ٢٦، ص١٥٣.

و استدل في *جامع المقاصد* على البطلان أي بطلان العقدين معـاً، بـبطلان تخيير الدائن في مطالبته من شاء من الضامنين. فان العقدين متعارضان، وجـه التعـارض أنّ انتقال المال إلي ذمة أحدهما يقتضي أن لاينتقل إلى ذمة الآخر شيء فيكون ضـمانه باطلاً إذ لا نعني بالباطل الا ما لايترتب عليه أثره. و ببطلان التنصـيف فيطالـب كـل منهما بنصف المال و لو زادوا فبالحصة، لان الأصل صحة الضـمان كمـا هـو مسـتند القائل بالتخيير كابن‌حمزة. و لما امتنع انتقال المجموع إلى كل من الذمين ولا اولوية، إنتقل إلى كل واحدة منهما ما يقتضيه التحاص و أجاب عنه في *شرح المقاصـد* بانـه خلاف ما اقتضاه العقدان و ارادة الضامنان بل إن كـان العقـد صـحيحاً ترتـب عليـه مقتضاه و إلا كان باطلاً. وعند بطلان التخيير و التنصيف تعين بطلان العقدين.

(٧) عرفت وجهه في كلام *جامع المقاصد* مع جوابه. وفي *المستمسك*:[١] وقد يتوهم انّ التقسيط مقتضى التزاحم. وفيه انّ التزاحم يتوقف على وجود المقتضي في الطرفين وهو أوّل الكلام، فانه بناء علي امتناع اشتغال الذمتين بتمام المالين يكون التنافي بين تطبيق الدليل بالاضافة إلى كل من العقدين و لعدم المرجح يسقط الدليل فيهما معاً.

(٨) جعله السيد الخميني أضعف الأقوال: لامتناع اشتغال ذمتين بتمام المال علـى الوجه الناقل (وجه النقل) الذي هو معنى الضمان على المذهب الحق، و لايبعد كـون الأول أقرب الوجوه. و اختار الأول الگلپايگاني أيضاً.

أقول: اما على مذهب ضم ذمة إلى ذمة فلا بأس بهذين الضمانين لعدم المنافاة.

و أما بناء على نقل ما في الذمة فقد نقل اختياره عن أبي‌حمزة في الوسـيلة وعـن درس العلامة وعن ظاهر الفخر وصريح الشهيد.

و ذكر العلامة نظيره في تعاقب الأيدي و الواجب الكفـائي. ورد أولا بـأن وجـود النظير لايصح دليلاً، فان القياس باطل وثانياً بما في *الجواهر*[٢] من انكار اشـتغال ذمـة الكثير فيه كما مر و انه غيرمتصور نعم جاز للمالك الرجـوع علـى كـل واحـد مـنهم

---

١. ص ٣١٦.

٢. ج ٢٦، ص ١١٣.

لحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» من دون ضمانهم، لكن وجوب الاداء علي الايدي المتعاقبة من دون ضمان مبنى على دلالة الحديث المذكور على الحكم التكليفي فقط وهي مبنية على أن تكون تقدر الحديث هكذا: يجب علي اليد (إداء) ما أخذت حتى تؤدي فيلزم اتحاد الغاية والمغيي وهو باطل مع أن نفس التقدير أداء خلاف الظاهر كما نبّه عليه سيدنا الأستاذ الحكيم فالحديث إن تمّ سنداً دال على الحكم الوضعي فقط.

ثمّ أن عمدة الايراد على هذا القول استحالة مال واحد في مكانين، ولا شك فيها في عالم التكوين لاستحالة مطلق الجسم في مكانين. و اما في عالم الاعتبار فلا مانع منه فأي مانع من اشتغال ذمة كل من الضامنين بمال أحد، لكن على البدل فإذا أخذ المضمون له من أحدهما و حصل حقه، سقط الضمان علي الآخر، و هكذا الأمر في ترتب الايادي الغاصبة إن تمّ الحديث سنداً أو قام إجماع على جواز المطالبة من كل واحد[١] و الا فالضامن من تلف المال في يده فقط. وعليه فمختار الماتن هو الأقوي، ثم بعده بطلان العقدين معاً امّا التقسيط فهو ضعيف إلا أن يقوم عليه قرينة أو لميكن ضمان المتعدد من ضمان المجموع و الا فلاينبغي الشك في لزوم التقسيط كما ذكره السيد الخوئي في التعليقة.

(٩) وجه تفرع هذا الفرع على مختاره واضح. و للسيد الأستاذ الحكيمؒ عليه اشكال و جواب دقيق. و ملخصه ان الابراء بمنزلة الاستيفاء، لانه اسقاط كما في الذمة وقطع العلاقة بينه و بينه، فيترتب عليه قطع العلقة بين المضمون له وسائر الذمم. وجوابه أن الإبراء مجرد اخلائها من ماله بحسب الارتكاز العرفي فإن كان له مستقر آخر فهو على حاله و ليس الإبراء بمعنى قطع العلقة بينه وبين ماله.

**(مسألة ٢٧) إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما على الآخر بإذنه، فان رضي المضمون له بهما صح[١] و حينئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً و قدراً تحوّل**

---

١. و منه يظهر ضمان المضمون الموجود غرالتالف فلابأس باعتباره في ذمة الضامن فعلا و استحالة وجودين لموجود واحد في الخارج، في الذمة ممنوعة.

**ما على كل منهما إلى ذمة الآخر و يظهر الثمرة في الاعسار و اليسار[٢] و في كون أحدهما عليه رهن دون الاخر[٣] بناء على افتكاك الرهن بالضمان و ان كانا مختلفين قدراً أو جنساً أو تعجيلاً و تأجيلا أو في مقدار الأجل، فالثمرة ظاهرة و ان رضي المضمون له بأحدهما الآخر كان الجميع عليه[٤] و حينئذ فإن أدّى الجميع رجع على الاخر بما أدي حيث ان المفروض كونه مأذونا منه. و إن أدّى البعض، فإن قصد كونه مما عليه أصلاً، أو مما عليه ضماناً فهو المتبع، و يقبل قوله إن ادعي ذلك[٥] و ان اطلق و لميقصد أحدهما فالظاهر التقسيط[٦] و يحتمل القرعة. و يحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك.[٧] و الأظهر الأول.[٨] و كذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين و عليه رهن و دين آخر لا رهن عليه، فأدّي مقدار أحدهما[٩] أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن مبيع[٩] و هكذا، فان الظاهر في الجميع التقسيط، وكذا الحال إذ أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي[٩] و يقبل قوله إذا إدّعى التعيين في القصد[١٠] لانه لايعلم إلا من قبله.**

(١) إذا كان للضمانين اثر حتى مجرد الاحسان في الضمان الاول وجزاء الاحسان بالاحسان في الضمان الثاني، وإذا فرضناهما عملا لغواً عند العقلاء فهما محكومان بالبطلان لعدم شمول الامضاء الشرعي لمثله.

(٢) فاذا كان احدهما معسرا و لميعلم به المضمون له ثبت له الخيار، فاذا فسخ ضمانه استقرّ تمام المال على ذمة الآخر. و أيضاً فإن كان أحدهما معسراً لابد للدائن من النظرة إلى الميسرة و إذا ضمنه الموسر زالت النظرة.

(٣) تقدم منه الاشكال في افتكاك الرهن بالضمان في المسألة ٢٣، بل رجّحنا عدمه.

(٤) و وجهه غير خفي.

(٥) عن *الجواهر* بلا خلاف و لا اشكال. وفي *المستمسك*: و كأنّه لبناء العقلاء والمتشرّعة نظير اخبار ذي‌اليد عما في يده، بل هو أولى منه، لانه اخبار عن النفس (ولأنه أعرف بنيته وأنّه لايعرف إلّا من قبله) نعم إذا كان في مقام النزاع ثم الرجوع

إلى الحاكم الشرعي يتعين اليمين عليه، لانه منكر فاليمين يحتاج إليه الحاكم لفصل الخصومة. و لايحتاج غيره لترتيب آثار الصدق وهكذا جميع موارد الحجج، فان الحجة تكون مع المنكر، و لايكتفي بها الحاكم بل يحتاج إلى يمين إذا لم‌يقم المدعي بينة على صدقه، لقوله ﷺ: انما اقضي بينكم بالبينات والأيمان، و إن كان غير الحاكم يرتب آثار الواقع على الحجة التي مع المنكر، فان المنكر، فان المنكر من يوافق قوله الحجة، و لايكتفي بها الحاكم في فصل الخصومة لانحصاره بالبينة و اليمين (ص ٣٢٠ و ٣٢١).

(٦) كما في *القواعد* وعلّله في *جامع المقاصد*[١] بامتناع صرفه إلى أحدهما نظراً إلى عدم الاولوية فيتعين التقسيط لانحصار الحال فيهما. ثم ضعّف احتمال التخيير وصرفه الآن إلى ما شاء بان المدفوع إليه مَلِكه من حين القبض، فيمتنع ان لا يسقط شيء من الدين في المقابله، لان قبضه إنّما كان من جهته فتعين التوزيع.

و أورد عليه في *المستمسك* بعدم الدليل على حصول الملك بالقبض كي يتعين، فان كل واحد من الدينين متعين في نفسه، ولذا لو عينه في الوفاء تعين فاذا كان متعيناً في نفسه، كان محتاجاً إلى التعيين، لأنّ الوفاء قصدي، فالبناء على التقسيط لعدم المرجح ليس أولى من البناء على عدم التقسيط لعدم المرجح وقال في تعليقة على قول الماتن: «ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك»: قد عرفت انه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة فيبقي المدفوع علي ملك الدافع إلي أن يعين المراد له. و لاحظ كلامه بطوله.[٢]

اقول: إنكار حصول الملك بالقبض وادعاء بقاء المدفوع على ملك الدافع ربما يعد من الأعاجيب و هو من مصاديق قولهم: الفقيه متهم في حدسه. وعليه فلايستقيم كلامه بطوله و ما ذكره من الأمثلة كلها قابل للمناقشة و نظر *جامع المقاصد* امتن.

---

١. ج ٥، ص ٣٤٤.

٢. ج ١٣، ص ٣٢١ـ٣٢٢.

(٧) احتمال التخيير إن تم لتم في فرض عدم تمامية سائر الوجوه، و لكنك عرفت ضعفه في كلام المحقق الثاني رحمه الله.

(٨) لكن ذكر السيد الاستاذ الخوئي رحمه الله في تعاليقه على *العروة* قولاً رابعاً، قال: بل الظاهر انه يقع وفاءاً لما في ذمته اصلاً، فلايجوز له الرجوع على المضمون عنه، ما لم‌يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله، والوجه في ذلك أن الرجوع عليه من آثار اداء ماثبت في ذمته من قبله، فما لم‌يقصد بخصوصه لايترتب عليه أثره و بذلك يظهر حال نظائر المسألة.

اقول: الأمر دائر بين هذا القول والقول الأول. و لايبعد اختياره على قول السيد الاستاذ فان بعد تقسيط المدفوع بتقريب ذكره في جامع المقاصد يحق للدافع الرجوع من دون اعتبار قصد الوفاء عن المضمون عنه فيه فلاحظ نعم الأحوط القول الرابع.

(٩) الأظهر اشتراك الأمثلة الثلاثة في إلحاقها بحكم المقام. والله الهادي.

(١٠) تقدم وجهه في البند الخامس من شرح هذه المسألة.

**(مسألة ٢٨) لايشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين علي المضمون عنه[١] كما لايشترط العلم بمقداره، فلو إدعي رجل على آخر ديناً، فقال: على ما عليه صح[٢] و حينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أداؤه سواء كانت سابقة أو لاحقة[٣] و كذا ان ثبت بالاقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك[٤] و أما إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان او ثبت باليمين المردودة فلايكون حجة على الضامن إذا انكره[٥] و يلزم (المضمون عنه) بادائه في الظاهر[٦] و لو اختلف الضامن و المضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أورد اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرا و إن كان أصل الضمان بإذنه[٧] و لا بد للبينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان فلو شهدت بالدين اللاحق أو اطلقت و لم‌يعلم سبقه أو لحوقه لم‌يجب على الضامن أداؤه.[٨]**

(١) لعدم دليل على اشتراطه. و مقتضي عدم الاستفصال في صحيحة ابن‌سنان[١] الصحة فلاحظ. فضلاً عن إطلاق لزوم الوفاء بالعقد.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٤٢٢.

(٢) إذا كان الضامن مقدماً على الضمان في كل حال وكان العقلاء يقـدمون علـى مثله كما أشرنا اليه في شرح المسألة الاولي.

(٣) أي سواء اقيمت البينة قبل الضمان أو بعده. و اعلم ان عموم حجية البينة بعـد عدم اعتبار خبر مسعدةبن‌صدقة محتاج إلى دليل.

(٤) فقد قيل ان اليمين المردودة في حكم الاقرار في عدم الحجية على الغير وهي لاتكون حجة إلا للحاكم في فصل الخصومة.

(٥) لما عرفت. لكن في خصوص المقام المسبوق بالضمان لايخلو عن نظـر، مـا لم‌يعلم كذب المضمون عنه في اقراره أو سوء قصده في رد اليمن.

(٦) ورده في *المستمسك*[١] بالعلم بفراغ ذمة المضمون عنه، لانه ان كـان مشـغول الذمة قبل الضمان، فقد برئت بالضمان و ان كان بريء الذمة فـلا موجـب لاشـتغالها باخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه.

و فيه ان مقتضى قاعدة العدل عدم برائة ذمة المضمون عنه إذا لم‌يثبت الدين على ذمة الضامن كما في المقام.

(٧) لاختصاص الاقرار بالمقر و عدم اعتباره على غيره و اليمين المـردودة مثلـه، نعم المتن لايخلو عن اشكال فإن فرض انكار المضمون عنه لأصل الـدين مـع إذنـه بالضمان يتناقضان، فلاحق للمضمون عنه في الانكار، نعم هو يتم في مقدار الدين.

(٨) لعدم ضمان الضامن له.

**(مسألة ٢٩) لو قال الضامن: على ما تشهد به البينة. وجـب عليـه أداء مـا شـهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام لانها طريق إلى الواقـع وكاشـف (شـفة ـ ظ) عـن كـون الدين ثابتاً حينه[(١)] فما في الشرائع من الحكم بعدم الصـحة لا وجـه لـه[(٢)] ولا للتعليـل الذي ذكره بقوله: لانه لايعلم ثبوته في الذمة، إلا أن يكون مراده في صورة اطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان. و اما ما في الجواهر، مـن ان مـراده بيـان عـدم صـحة**

---

١. ج١٣، ص ٣٢٤.

**ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لانه من ضمان ما لم‌يجب، حيث لم‌يجعل للعنوان ضمان ما في ذمته لتكون للبينة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها. فهو كما تري لا وجه له.**

(١) ما ذكره واضح.

(٢) من شاء تحقيقها فعليه بمراجعة *الجواهر* و *المستمسك*.[١]

**(مسألة ٣٠) يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل[(١)] وما عن *المبسوط* من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلا و بالعكس و بعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان، مردود، بان الاول غيرصالح للمانعية، بل الثاني أيضاً كذلك[(٢)] مع ان الفائدة تظهر في الاعسار و اليسار[(٣)] و في الحلول و التأجيل[(٤)] و الاذن و عدمه[(٥)] و كذا يجوز التسلسل بلا اشكال.[(٦)]**

(١) و لم‌ينسب *الخلاف* فيه الا إلى *المبسوط*، بل يصح الدور المصرح أيضاً كما إذا أعسر الضامن أو ندم من الضمان فضمنه المضمون عنه الاصيل و لغير ذلك من الاغراض العقلائية.

(٢) أما الأول فليس بشيء وأما الثاني (عدم الفائدة) ففي *المستمسك*: لان مجرد عدم الفائدة لايوجب الخروج عن اطلاق الادلة المقتضية للصحة. وجوابه ان الضمان العاري عن الفائدة العقلائية لايسمي عقداً عند العقلاء فلايشمله أدلّة الامضاء.

و هذا الايراد متوجه إلى قول الماتن (أيضاً كذلك) أيضاً. فالصحيح في الجواب قوله (مع ان...).

(٣) كما إذا تبين اعسار الضامن و لم‌يجب المضمون له بفسخه الرجوع على المضمون عنه الأول فيضمنه من آخر و هكذا.

(٤) فيضمن الحال مؤجلاً أو بالعكس لنفع المضمون عنه أو المضمون له.

(٥) فالضامن الثاني لايرجع على المضمون عنه الأصل إذا كان ضمانه بدون إذنه بخلاف الضامن الأول إذا ضمن بإذنه مثلاً.

---

١. *الجواهر*، ج ٢٦، ص ١٤٤ـ ١٤٥ و *المستمسك*، ج ١٣، ص ٣٢٥ـ٣٢٧.

(٦) كأنه لا خلاف فيه و الاطلاق يشمله مادام لم‌يخرج تسلسل الضمانات عن المعاملات العقلانية.

**(مسألة ٣١) إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلا[(١)] بل و ان لم‌تشتغل فعلاً على اشكال.[(٢)]**

(١) إن أريد بالضمان، تعلق الدين بذمة الضامن، فإن كان موسراً فلايجوز له الوفاء من الخمس والزكاة لبرائة ذمته لعدم استحقاقه. و إن كان فقيراً فالوفاء المذكور و إن كان جائزاً لكنه وفاء من ماله بعد قبضه الزكاة أو الخمس لنفسه، فعلى الفرضين لم‌يصح فرض المتن و إن أريد بالضمان مجرد الوفا من المال دون اشتغال ذمته فهو إمّا بنحو الشرط أو بنحو التقييد و قد مر حكمه في المسألة ٢٤. والماتن أنكر التقييد و اطلاق كلامه هنا قبوله كما أشار إليه الاستاذ في مستمسكه. علي انه لم‌يثبت ولاية الضامن على مصرف الزكاة أو الخمس ليجعله مورداً لضمانه، بل لم‌يثبت هذه الولاية للحاكم إلّا في حال الضرورة كاشتراء العلف مثلاً للعين الزكوية ففي المقام لايصح الشرط فضلاً عن التقييد.

على ان الضمان المصطلح لايتحقق في غير نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

و منه يظهر الحال إن أريد به فرض عدم تعلق الدين بذمة الضامن و لايكون مصرف الخمس والزكاة متعهداً، بل أريد بالضمان مجرد التعهد بالوفاء من حق خاص. فقد أورد عليه في *المستمسك* انه مجرد وعد لايجب الوفاء به. ويمكن أن يجاب عنه بأنه نحو عقد يجب الوفاء به و ان لم‌يكن من الضمان المصطلح فتأمّل.

و للمسألة صورة اخرى هي مراد الماتن ظاهراً، وهي أن الضامن يؤدي دين المديون من زكاة ماله أو خمسه، قال السيد السيستاني: إذا كان المديون فقيراً لم‌يصح أن يضمن شخص عنه بالوفاء من الخمس أو الزكاة أو المظالم، ولا فرق في ذلك بين أن تكون ذمة الضامن مشغولة بها فعلاً أم لا.[١]

(٢) قوي، بل لا فرق بين الصورتين في البطلان على الاحتمالين.

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٣١٥.

**(مسألة ٣٢) إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي بل و لآحاد الفقراء على اشكال.**[1]

(١) أما صحة الضمان بالنسبة للحاكم فمبني أولاً على عدم كون وجوب الخمس مجرد تكليف غيرمتعلق بالذمة كما ذهبنا إليه في بعض كتبنا ـ *حدود الشريعة* ـ فيما سبق. والا فلايصح فيه الضمان فانه كضمان الحج والصلاة. و ثانياً على عدم اعتبار المالكية في المضمون له و ان مجرد الولاية يكفي لصحة الضمان و ثالثاً على ثبوت الولاية للحاكم على الزكاة و الخمس كما هو مفروض كلامهم و في *مستمسك* الاستاذ: و كذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت ديناً للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص إن كان، و الا كان القبول من الحاكم الشرعي، كل ذلك لعموم الادلة المقتضية للصحة.

أقول: صحة ذلك في المديون الميت أو المحتضر ثابت باطلاق بعض الروايات المعتبرة المتقدمة في شرط قبول المضمون له و غيره و أما في غيرهما فلايحضرني دليل يفي به، بل لايبعد القول ببطلان الضمان لاطلاق ادلة الخمس و الزكاة و سائر الواجبات المالية بأدائها علي المكلف سواء ضمنها ضامن أو لم‌يضمنها، و لا دليل على سقوط تلك الخطابات بمجرد رضي الحاكم الشرعي نعم، لا باس بصحة الضمان بمعنى ضم الذمة إلى الذمة.

و أما الضمان لآحاد الفقراء فالمنع فيه أظهر إذ لا ملكية لهم قبل القبض ولا ولاية.

**(مسألة ٣٣) إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه، فلا إشكال في خروجه من الأصل، لانه ليس من التبرّعات، بل هو نظير القرض و البيع بثمن المثل نسيئة، و إن لم‌يكن بإذنه فالاقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات، نعم على القول بالثلث يخرج منه.**

وجه المسألة ظاهر و اما تحديد مرض الموت فقد بحثنا عنه في الجزء الثاني من كتابنا: *الفقه ومسائل طبية*.[1]

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٣١٥.

**(مسألة ٣٤) إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لايصح ضمانه[1] كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون[2] و كذا لايجوز ضمان الكلي في المعين، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة، فانه لايجوز الضمان عنه و الاداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.**

(١) قيل: لامتناع انتقاله إلى ذمة غير المديون، لان ما في ذمة غيرالمديون ليس مصداقاً لما في ذمة المديون. أقول: يشترط في صحة الضمان رضي المضمون له ورضاه بمثل هذا الضمان اسقاط لقيد المباشرة من المدين لا محالة، نعم إذا فرضنا مورداً لايسقط قيد المباشرة برضي المضمون له كان المنع في محله و للسيد الحكيم طريق آخر راجعه في مستمسكه.[1]

(٢) الدليل السابق و جوابه يجريان فيه. كما انه يمكن إجراء الضمان بمعنى ضم الذمة إلي الذمة فيه أيضاً فلاحظ و يمكن أيضاً الضمان بمعنى الوفاء من مال المضمون عنه من دون أن يشتغل ذمة الضامن كما تقدم. وهنا وجه آخر محتمل وهو انه لا بأس. بمثل هذا الضمان فان حقيقته في المقام ـ بناء على بطلان تعلق العين الخارجية في الذمة ـ هو مجرد الوفاء أي الوفاء من المال المذكور و هذا الوجه يجري في المثال الأخير أيضاً. فتأمّل.

(٣) بناء على أن الكلي في المعين ثابت في الذمة و يجري فيه ما سبق. و في *المستمسك*: فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبرة لا مانع من صحته. ولو ضمنه بقصد الاداء من صبرة اخرى مع بقاء تلك الصبرة لم‌يصح فانه ليس أداء للمضمون بل أداء لغيره هذا مع غض النظر عن ان الكلي في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلايكون ضمانه من ضمان ما في الذمة الذي هو موضوع كتاب الضمان على ما عرفت في الشرط الثاني انتهى كلامه بتقديم وتأخير.

**(مسألة ٣٥) يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة، لانها دين على الزوج[1] و كذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذ.[2] و إن لم‌تكن**

---

١. ج١٣، ص٣٣١ـ٣٣٢.

**مستقرة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار، بناء على سقوطها بذلك(٣) و أما النفقة المستقبلة فلايجوز ضمانها عندهم لانه من ضمان ما لم‌يجب و لكن لايبعد صحته لكفاية وجود المقتضي و هو الزوجية(٤) و أما نفقة الأقارب فلايجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه(٥) إلّا إذا أذن القريب ان يستفرض و ينفق على نفسه أو أذن له الحاكم في ذلك(٦) إذ حينئذ يكون ديناً عليه(٧) و أما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم‌يجب(٨) مضافا إلى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي(٩) و لاتكون النفقة في ذمته، و لكن مع ذلك لايخلو عن إشكال.(١٠)**

(١) و لعله لاخلاف فيه، كما يظهر من جماعة من الفقهاء.

و اعلم ان نفقة الزوجة اما على نحو الملك، كما في المأكول و المشروب و الكسوة، بناء على أن كلمة الرزق و الكسوة في قوله تعالي: «وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ ...» بمعنى العين لا بمعنى المصدر كما هو غير بعيد من جهة الانصراف. وفي *القاموس* ان المصدر الرزق بفتح الراء و بناء على عدم الفرق في الزوجة بين الولدة وغيرها.

و مثل الآية الشريفة في افادة الملك صحيح ابن‌سنان عن أبي‌عبدالله عليه السلام: في الرجل يطلق امرأته وهي حبلي؟ قال: أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع حملها.[١]

و مثله صحيح محمدبن‌قيس عن أبي‌جعفر عليه السلام بزيادة كلمة بالمعروف بعد كلمة نفقتهما. و صحيح حريز عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: قلت له من الذي أحتّن[٢] عليه و تلزمني نفقته؟ قال: الوالدان و الولد و الزوجة[٣] و لايبعد أن تكون حكمة تلزمني في قوة كلمة (علي) قال الراغب في *المفردات* في قوله تعالي: «وَ مَا أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ» «وَ لَايُنفِقُونَ نَفَقَةً»: والنفقة اسم لما ينفق. لكن لازم ذلك كون نفقة الوالدين أيضاً من باب الحق دون الحكم.

---

١. *جامع الاحاديث*، ج ٢٦، ص ٥٨١.

٢. أحتن أي أرق و أرحم.

٣. *الكافي*، ج ٤، ص ١٣.

و أما المسكن و الفروش والحلي فهي إمتاع و ليست بملك. و هل هي من باب الحكم التكليفي المجرد أو من باب الحق، فعلى الثاني يصح ضمانه لانه في الذمة. و يمكن أن يستشهد على الثاني بجواز مطالبتها من قبل الزوج والترافع إلى القاضي كما يأتي عن السيد الاستاذ الحكيم﵀ في نفقة الأب في البند التاسع.

(٢) الأظهر أن الزوجية مقتضية لوجوب النفقة و المتيقن من دليل عدم النشوز اللبي انه مانع من الوجوب، لا ان عدمه شرط الوجوب المذكور، كما فصلنا القول في أحكام الانفاق والنفقة في ج ٤ من كتابنا *حدود الشريعة*. نعم المسلم وجوب النفقة عند الاحتياج عرفاً ولو في اليوم السابق حسب مقدمات الاكل. ولا دليل على وجوبها في صبيحة كل يوم مطلقا خلافاً للماتن. كما ان ما في *المستمسك*[١] من منع الاكتفاء بدفع الحبوب ونحوها، إذ هو خلاف اطلاق النفقة و الرزق و إلّا لأجزء دفع الصوف والقطن في نفقة الكسوة غيرظاهر، والمستفاد من عمل المسلمين من الأول إلى الآن هو الفرق بينهما.

و بالجملة لايستفاد من الأدلة اللفظية شيئاً يطمئن به في كيفية النفقة و أنها ما لايحتاج إلى عملية أصلاً، أو ما هو أعم من ذلك فيرجع إلى الإطلاق المقامي أو أصالة البرائة من الأول.

(٣) لاحظ الاحتمالات الثلاثة في *المستمسك*.

(٤) ليست الزوجية مقتضية لوجوب النفقة المستقبلة؛ بل بعد حلول الوقت والحاجة فليست هي دين في ذمة الزوج فلاينتقل من ذمته إلى ذمة الضامن فليس بضمان مصطلح، نعم هو عقد برأسه ومقتضاه وجوب اداء النفقة المستقبلة في وقتها للزوجة، نعم إذا صرح الضامن باشتغال ذمته بها صار مشغول الذمة بعد رضا الزوجة فانه عقد و يشمله إلّا طلاق.[٢]

---

١. ج١٣، ص٣٣٣.

٢. و على كل تقدم صحة ضمان ما لم‌يجب فانه ضمان في الجملة.

(٥) فانه حكم تكليفي صرف غير متعلق بالذمة فليس بضمان مصطلح فقهي الا بنحو عقد مستقل علي ما عرفت. و لعله لا خلاف في كونه حكماً تكليفياً. لكن في *الجواهر*[١] بعد نفي الخلاف و نقل الإجماع عن بعضهم: قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بان الأصل القضاء في كل حق مالي لآدمي.

و ناقشه في *المستمسك*[٢] بأن ظاهر الأدلة التكليف بالبدل للنفقة في زمان الحاجة إليها، فلا موضوع له بالنسبة إلي الزمان الماضي.

(٦) في *المستمسك*:[٣] و يظهر منهم المفروغية عن صحة إذن الحاكم.

(٧) الدين يكون للمقرض لا للقريب المستقرض كما قيل فالمضمون له هو المقروض دون القريب.

(٨) إن أريد النفقة المستقبلة فلا حكم تكليفي أيضاً قبل حلول وقتها.

(٩) و قال في *المستمسك*[٤] ان الفرق بين نفقة الزوجة و نفقة القريب، أن الاولى من قبيل ملك النفقة و الثانية من قبيل ملك الانفاق. واستدل له[٥] بجواز مطالبة القريب نفقته، و عرض الأمر على الحاكم و اذنه في الاستدانة، إذ لولا الملك والحق الوضعي لمتجز له المطالبة إلا من باب الأمر المعروف بشرائطه و لا رفع الأمر إلى الحاكم و لا لإذنه بالاستقراض. ثم قال: نعم لما كان الحق مردداً بين الحقين (ملك الانفاق عليه و ملك النفقة كما صرح به أولا) لا مجال للاستصحاب في إثبات القضاء، لانه من قبيل الاستصحاب الجاري في المفهوم المردد و هو غيرحجة، فيتعين الرجوع في وجوب القضاء إلى اصالة البرائة. فهو حق وضعي لا تكليف محض.

أقول: بل يمكن أن يقال بأن القريب يملك نفقته على القريب كملكية الزوجة،

---

١. ج٣١، ص٣٨٠.
٢. ج١٣، ص ٣٣٦.
٣. *المصدر*.
٤. ج١٣، ص٣٣٨.
٥. *المصدر*، ص ٣٣٦.

فيصح استصحابها أيضاً، و المستند في ذلك صحيح حريز المتقدم في آخر البند الأول من هذه المسألة.

(١٠) بناء على أن وجوب الانفاق حكم تكليفي بحت لايصح الضمان، بل مشروعية ضمان الأحكام غير ثابتة كما مر. و كذا لايصح الضمان بناء علي عدم جريان الاستصحاب كما ذكره السيد الحكيم‌ﷺ وقد مر آنفا. و أما على الوجه الذي قلنا فلا مانع من الضمان في النفقة الماضية و الحاضرة و أما في المستقبلة فضمانها لا بأس به تمسكاً باطلاق الآية لكنه ليس من الضمان المصطلح لانه ليس من نقل ما في الذمة إلى الذمة الاخرى على انه من ضمان ما لم‌يجب.

و الماتن‌ﷺ لم‌يتعرض لضمان نفقة القريب الحاضرة وقد جوزه جمع وهو الأظهر كما قلنا و قيل انّها كالخياطة إذا كانت ديناً يجوز ضمانها.

**(مسألة ٣٦): الأقوى جواز مال الكتابة. (المسألة خارجة من محل الابتلاء).**

**(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قيل الاتيان بالعمل وكذا مال السبق و الرماية،[١] فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل[٢] و الاقوي وفاقاً لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول و سقوطه إذا لم‌يعمل[٣] و لا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل،[٤] إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل، بل لقوله تعالى: «وَ لِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ أَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ»[٥] و لكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان[٦] و منع اعتبار الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً.**

(١) بعد العمل يتحقق العقدي ولذا فرضه الماتن قبله.

(٢) لان الضمان المصطلح نقل ما في الذمة إلى ذمة اخرى و ليس قبل العمل شيء في الذمة، فلاتشمله روايات الضمان.

(٣) ليكون ترك العمل بمنزلة الفسخ فانه لا دليل على هذا القول اصلاً.

(٤) فان جعل العمل من الشرط المتأخّر احتمال مرجوح، بل ظاهر الجعالة. استحقاق الجعل بالعمل بخلاف الاجارة حيث ان ثبوت الأجرة للأجير و ملكية العمل للموجر بالعقد. ففي الجعالة و السبق و الرماية يكون الضمان من ضمان ما لم‌يجب.

(٥) و أورد عليه في *المستمسك* بان الآية تدل على مشروعية التعهد على النحو المذكور ولا دلالة فيها على ان من الضمان المصطلح أو من قبيل الوعد الذي لايجب الوفاء به، لكنه ممنوع لظهور الآية في وجوب الوفاء عرفاً، نعم لايفهم من الآية براءة ذمة المضمون عنه فلعله من ضم ذمة إلى ذمة لا من نقل ذمة إلى ذمة، و يستفاد منها كفاية المقتضي للثبوت في الضمان كما ذكر الماتن في ذيل كلامه.

فإن قيل قول المؤذّن غيرحجة، بل لايعلم انه كان كافراً أو موحداً.

قلت: في معتبرة هشام‌بن‌الحكم عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام في قول يوسف‌عليه‌السلام: «أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ». قال: ما سرقوا و ما كذب.[١]

و هي تدفع السؤال المذكور فانها ظاهرة في كون المؤذن هو يوسف دون غيره لكن استصحاب الأحكام الثابتة في الشرائع السابقة، إلى هذه الشريعة لايخلو عن اشكال أو منع كما تقرر في الأصول.

والأقوى صحة هذا الضمان لاطلاق قوله: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» و إن صرح في العقد ببرأته ذمة المضمون عنه صح أيضاً تنفيذ الشرط.

**(المسألة ٣٨) اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعة، و الاقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا و مثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت. و ذلك لعموم قوله‌صلى‌الله‌عليه‌وآله الزعيم غارم و للعمومات العامة مثل قوله «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ».[١]**

**و دعوى انه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى اخرى. و أيضاً لا اشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد[٢] فيكون من ضم ذمة إلى أخرى و ليس من مذهبنا[٣] و على الثاني يكون من ضمان ما لم‌يجب، كما أنه على الاول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند**

---

١. *بحارالأنوار*، ج٦٨، ص ١٤.

**التلف. مدفوعة بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الامر أنه ليس من الضمان المصطلح، و كونه من ضمان ما لم‌يجب لايضر بعد ثبوت المقتضي، و لا دليل على عدم صحة ضمان ما لم‌يجب من نص أو اجماع، و ان اشتهر في الألسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحته. و في جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع.(٤) و امّا ضمان الأعيان غيرالمضمونة كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعدّ أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته.(٥) و الاقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً.(٦)**

(١) ضمان الحكم التكليفي ـ أي وجوب رد العين المغصوبة مثلا إلى مالكها ـ ان اريد به سقوط الحكم التكليفي من الغاصب ومن بيده المال، فهذا لم‌تثبت مشروعيتهُ، ولا وجه لسقوطه منه لكن في *المستمسك*:[١] بل الظاهر أن الضامن في المقام انما يلتزم بالرد من دون أن يشغل ذمته يملك الرد للمالك ولاجل ذلك يكون من باب الوعد لا من باب الوضع والعقد، فلا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقد، إذ لا عقد و انما هو محض الوعد. و بالجملة تارة يقول الضامن سأرد عليك و أخرى يقول: لك على ان أرد مالك فالأول من قبل الوعد و الثاني من قبيل العقد، والواقع في الخارج هو الاول و على تقدير الثاني فلا موجب لسقوط وجوب الرد على الغاصب. نعم لو كان...، و ان أريد به توجه الخطاب إلي الضامن أيضاً فيكون كلاهما مكلفا بردها فهو صحيح لاطلاق الآية الكريمة وان لم‌يكن بضمان مصطلح وقد مر بحثه، كما صرّح به المحقق الثاني[٢] و تبعه جمع منهم صاحب *الجواهر*ؒ و أجاب سيدنا الحكيمؒ بان وجوب الرد من أحكام عدم الإذن في الاستيلاء على العين، فإذا حصل الإذن لم‌يجب الرد ولو مع الضمان كالمقبوض بالسوم، فانه مضمون ولايجب رده ما دام مشغولا باليوم، وإذا لم‌يحصل الإذن يجب الرد مع عدم الضمان كالامانة عند انتهاء مدة الائتمان، فانه يجب الرد ولا ضمان.[٣]

---

١. ج١٣، ص ٣٤٥.

٢. *جامع المقاصد*، ج ٥، ص٣٢٢.

٣. *المستمسك*، ج١٣، ص٤٢١.

اقول: مع إذن المالك بالاستيلاء يرتفع الحكم التكليفي بارتفاع موضوعه، لا انه يصحح انتقاله إلى ذمة الضامن، بل الحكم المتعلق بالضامن حكم حادث بمقتضي عقد جديد. ولعله مراد المثبتين فيرتفع النزاع و ان لم‌يكن بضمان مصطلح. و ان أريد به نقل ما ذمة الغاصب إلى ذمة الضامن فإن أريد به الضمان الفعلي، فهذا غيرصحيح فانه غير ثابت في ذمة المضمون عنه كذلك حتى ينتقل إلى ذمة الضامن[١] و ان اريد به الضمان المعلق أو المشروط فلا بأس به بناء على عدم اعتبار التنجز في العقود والايقاعات.

ثم ان الحديث المذكور لا سند له، بل في صحيح الحسن‌بن‌علي‌بن‌يقطين عن الحسين‌بن‌خالد المجهول قال: قلت لأبي‌الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم؟ قال: فقال: ليس علي الضامن غرم، الغرم على من أكل المال.[٢] بل في اطلاقه الشامل للمقام أيضاً تأمّل.

(٢) قطعاً و لاحظ حدود الشريعة.

(٣) الضمان المذكور ليس مخالفاً للمذهب، وهو ضمان شائع في العرف ويشمله اطلاق الآية. فلايضر عدم شمول الروايات الخاصة له.

تتمة: علق السيد الاستاذ الخوئي على قول الماتن: الأقوى الجواز: الظاهر فيه التفصيل، فإن المنشأ إذا كان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليترتب عليه وجوب ردها مع بقائها و دفع البدل عند تلفها، فلا بأس به للعمومات. ولا سيما انه متعارف في الخارج. و إذ كان اشتغال الذمة بالبدل فعلاً على تقدير تلفها و اشتغال ذمة الضامن الأول به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحته غير معقولة و إذا كان اشتغال

---

١. بل قيل ان الاعيان الموجودة في الخارج يستحيل كونها ذمية، و ان الموجود الواحد لايكون في مكانين. و اجاب عند السيد الاستاذ الحكيم (ج١٣، ص٣٤٧) بان الخارج ظرف للوجود الحقيقي، والذمة ظرف للوجود الاعتباري، ولا مانع من ان يكون للشيء الواحد وجودات كالخارجي والذهني والذمي، وقال: الغاصب ونحوه مشغول الذمة بالعين فيصح الضمان عنه وبه تبرء ذمته من العين وتشتغل بها ذمة الضامن فقط. اقول: هذا وجه امكانه صحته في الحكم الوضعي فقط محتاجة إلى دلالة دليل عليه. فافهم.

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٤٢١.

الذمة بعد اشتغال ذمة الضامن الأول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز. و بذلك يظهر الحال في ضمان الاعيان غيرالمضمونة.

(٤) لا بأس بصحة ضمان ما لم‌يجب بالنظر إلى اطلاق الآية الكريمة. وما تقدم منافي التعليقة الاولى من قبول الضمان المعلق أو المشروط دون الفعلي فهو بالنظر إلى الروايات الخاصة.

(٥) لان العين أمانة وليست بمضمونة في الأصل وعن *التذكرة* نسبة عدم الصحة إلى العلماء أجمع. و فيها: لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد، و انما الذي يجب على الأمين مجرد التخلية. و عن الجواهر لاخلاف فيه و لا اشكال.

(٦) لاطلاق قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». وقوله اوفوا بالعهد... نعم ليس هو من الضمان المصطلح إذ لا مضمون عنه في المقام. وفي *المستمسك*: ولعل من ذلك ضمان شركة التأمين (بيمه) المتعارف في هذا العصر... .

و قال‌﴿ؒ﴾: قد يكون لعوض في مقابل إنشاء الضمان فيكون نظير عقد الاجازة، ولابد فيه من انشاء الضمان بعد العقد، ويمكن أن يكون المال مبذولاً مجاناً بشرط انشاء الضمان أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت فلايكون ضمان في البين و انما يكون تدارك خسارة لاغير. واما بذل المال في مقابل تدارك الخسارة فلايصح لعدم وجود الخسارة في بعض الاوقات فيكون المال بلا عرض.[١]

**(مسألة ٣٩) يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري[(١)] إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الأكثر أو مطلقاً كما أطلق آخر و هو الأقوى[(٢)] قيل:[(٣)] و هذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان. هذا و أمّا لو كان البيع صحيحاً و حصل بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلي المشهور لم‌يلزم الضامن و يرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم‌يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم‌يصح بمقتضي التعليل المذكور[(٤)] نعم في الفسخ بالعيب السابق أو**

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص٣٤٩.

**اللاحق اختلفوا في انه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم(٥) وعن بعضهم دخوله. و لازمه الصحة مع التصريح بالاولى.**

**و الأقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق، و الصحة مع التصريح، و دعوى: أنه من ضمان ما لم‌يجب، مدفوعة بكفاية وجود السبب(٦) هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ و أما بالنسبة إلى مطالبة الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها(٧) لان الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلايكون من ضمان ما لم‌يجب، و قد عرفت أنّ الاقوي صحة الاول أيضاً و أن تحقق السبب حال العقد كاف. مع امكان دعوى ان الأرش أيضاً لايثبت الا بعد اختياره ومطالبته(٨) فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع.(٩)**

(١) هو المسمى بضمان العهدة. والفرق بينه وبين سائر افراد الضمان ان اشتغال ذمة المضمون في مقام الاثبات غيرمحرز كما في سائر الافراد. وتعليق هذا الضمان أيضاً بحسب مقام الاثبات.

وقال في *جامع المقاصد*:[١] ويصح ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع، إذا كان قد قبضه البائع علي تقدير خروج المبيع مستحقا (لغيره) لان الثمن حينئذ مقبوض بيد البائع بغير استحقاق، ورده على المشتري حق ثابت فيصح ضمانه.

اقول: إذا كان الضمان بعد ظهور بطلان البيع مثلاً فلا فرق بين المقام وسائر افراد الضمان وإذا كان قبله نفي شمول ادلة الضمان العقدي له نظر او منع لانها وردت في فرض ثبوت الحق على ذمة المضمون عنه.

و اعتبر السيد الخميني تلف الثمن واستشكل في صحة الضمان مع بقاء الثمن بعينه في يد البائع فاذا تلف يتعلق بدل الثمن بذمة البائع فيصح الضمان عنه. نعم فرض السيد الحكيم الوجود الذمي للعين الموجودة في الخارج ايضاً فاذا فرضناه أمراً عقلائياً يمكن أن يقال ان الشارع لم‌يردع عنه فيضعف قول السيد الخميني، لا سيما إذا فرضنا الصحة في المقام مختارة المشهور سواء تلف الثمن أم لا، نعم إذا فسرنا

---

١. ج ٥، ص٣٣٣.

الضمان بما فسره السيستانى فيما مضى من عهدة إيصال المال إلى مالكه ومن دون تعلق بالذمة صح الضمان فى فرض بقاء الثمن و ان أنكرنا وجوده الذمي.

(٢) لانه عقد يشمله قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» سواء صرح بنحو النقل من الذمة أو بنحو ضم الذمة إلى الذمة.

(٣) أي ضمان درك الثمن الموجود عند البائع و إن لم‌يكن بدين كما يظهر من *جامع‌المقاصد*[١] و ذكر في وجه الاستثناء اطباق الناس عليه وعموم البلوي ودعاء الحاجة اليه. لكن صاحب المسالك جعل ضمان العهدة نوعا آخر من ضمان المال كما في *المستمسك*.[٢]

و انكر السيد الاستاذ الخوئي‌ﷺ الاستثناء المذكور في تعليقته وقال ان حال المقام حال سائر الأعيان المضمونة. و قد مر تفصيله الثلاثي فيها في أواخر المسألة السابقة (٣٨).

(٤) لعدم ثبوت الحق في الذمة وقت الضمان. لكن يمكن تصحيحه بصحيح حبيب الخثعمي.[٣]

(٥) كما عرفت من التعليل. و الأقوى الصحة لاطلاق لزوم الوفاء بالعقود و إن لم‌يكن من الضمان المصطلح الفقهي.

(٦) الظاهر عدم اعتبار وجود السبب في صحة الضمان بالمعنى الاعم عملاً باطلاق الآية كما صرح في *المستمسك*[٤] و لعل اعتبار وجود السبب في كلام الماتن من جهة الشك في صحة الضمان عرفاً من دون ملاحظة السبب.

(٧) كالعلامة في *القواعد*[٥] و صاحب *الشرائع* على تردد.

---

١. ج ٥، ص ٣٣٣.
٢. ج ١٣، ص ٣٥١.
٣. *الوسائل*، ج ١٩، ص ٨٦.
٤. ج ١٣، ص ٣٥٢.
٥. *جامع‌المقاصد*، ج ٥، ص ٣٣٨.

(٨) اشكال الماتن متين وقد ذكره في *المسالك* وجها لتردد الشرائع وما أورده عليه الشهيد الثاني في ذيل كلامه فقد فنده في *المستمسك*.

(٩) لا فرق في ضمان درك العوض بين الثمن والمبيع.

**(مسألة ٤٠) إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض. وفي بعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله. و عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له.**

فانه خلاف الارتكاز العرفي فلاحظ. وفي *المستمسك*[١] علي الماتن إيراد تناقض في كلامه و على كل قبول قول الماتن في فرض فسخ البيع من قبل المشتري مشكل.

**(مسألة ٤١) الأقوى وفاقاً للشهيدين[(١)] صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير و قلع البناء و الغرس فيضمن الأرش، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع، خلافاً للمشهور، لانه ضمان ما لميجب. وقد عرفت كفاية السبب[(٢)] و لو ضمنه البائع قيل لايصح أيضاً كالأجنبي[(٣)] و قيل بالصحة لانه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه[(٤)] كما مر من كفاية تحقق السبب[(٥)] فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد والضمان بعقده وتظهر الثمرة[(٦)] عنه فيما لو اسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فانه يبقي الضمان العقدي، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط أحدهما. وقد يورد عليه[(٧)] بانه لا معني لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبيل و يمكن أن يقال لا مانع منه مع تعدد الجهة[(٨)] هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان.**

**اما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به[(٩)] و يكون مؤكّداً لما هو لازم العقد.[(١٠)]**

(١) في *اللمعة* وشرحها.

(٢) تكرر من السيد الحكيم انه ضمان عرفي ومثله لايحتاج إلى السبب. لكنه

---

١. ج١٣، ص ٣٥٥.

لاتعجبني هذه التسمية بعد شمول اطلاق الاية الكريمة الدالة على لزوم الوفاء بالعقود له كشموله للمصطلح الفقهي و كلاهما عرفي. و على كل يعلم وجه الصحة مما مر.

(٣) حكي عن *المبسوط* و جماعة ممن تأخّر عن الشيخ. ولعله لاجل انه ضمان ما لم‌يجب أو لعدم تعدد المضمون عنه و الضامن، فليس من الضمان المصطلح الفقهي.

(٤) ورد بان نفس العقد على ملك الغير ليس موجباً للضمان؛ بل هو مترتب على الخسارة لقاعدة الغرور ـ كما ذكرناها في كتابنا «الارض في الفقه» وهي تتحقق بقلع الزرع وهدم البناء. والضمان المعاوضي الثابت في المعاوضات بنفس العقد أجنبي عن ضمان ما يحدثه المشتري من البناء و الزرع وغيرهما.

(٥) إن أريد بالسبب العقد فقد عرفت انه ليس بسبب للضمان وانه الخسارة.

(٦) كما عن الشهيد في *المسالك* و *الروضة* و للسيد الحكيمؒ عليه اشكال.[١]

(٧) والمورد هو صاحب الجواهرؒ.[٢]

(٨) من جهة الغرور ومن جهة الضمان العقدي. ورد بانهما جهتان تعليليتان غير موجبتين لتعدد الموضوع فما ذكره في *الجواهر* واضح.

(٩) لعموم: المسلمون عند شروطهم.

(١٠) قيل الضمان ليس من الماهيات التشكيكية حتى تصلح للتأكد. فالمراد التاكيد في الأثر و هو وجوب الأداء.

**(المسألة ٤٢) لو قال عند خوف غرق السفينة: الق متاعك في البحر و على ضمانه صح بلا خلاف بينهم: بل الظاهر الاجماع عليه،[(١)] و هو الدليل عندهم. و أمّا إذا لم‌يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى من خفة السفينة و نحوها فلايصح عندهم[(٢)] و مقتضى العمومات الصحة.[(٣)]**

(١) الاجماع عندي ليس بدليل و العمدة انه نوع تعهد سواء كان عقداً أو ايقاعاً يشمله قوله تعالى: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ». فان العقد اللغوي يشمل العقود والايقاعات الفقهية

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص٣٥٧.

٢. *الجواهر*، ج٢٦، ص١٤٩ـ١٥٠.

معاً فيه تأمّل. و عليه فلا فرق بين هذه الصورة ـ خوف الغرق ـ وسائر صور ضمان ما لم‌يجب كما إذا قال أحد لأحد احرق متاعك دفعاً للبرد و علي ضمانه. و نحوه، ما لم‌تكن المعاملة سفهية غيرعقلائية. فان الآية منصرفة عما هو غيرعقلائية وغيرمعدود في العقود و الايقاعات عرفاً.

وعن ديات الشرائع: ولو قال: ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فالقاه فلا ضمان. ولو قال: وعلي ضمانه، ضمن دفعاً لضرورة الخوف.

و في *المستمسك*:[١] و يحتمل أن يكون (الق متاعك...) عقداً و يكون قبوله فعلياً، و هو الالقاء و أن يكون قولياً كما إذا قال: قبلت، فيلزمه[٢] الالقاء عملاً بالعقد... ويحتمل أن يكون ايقاعاً نظير (خط ثوبي ولك درهم) أو «رد عبد ولك نصفه» وهذا هو الأقرب.

(٢) لانه من ضمان ما لم‌يجب و لا اجماع عليه. بل عن *المبسوط* الاجماع على عدم الضمان. لكن الأظهر هو الجواز على نحو ذكرناه من وجود فائدة عقلائية في الاتلاف و الا فهو إسراف محرم مع الضمان وعدمه. و لايصح الضمان لان العقلاء لايقدمون على مثله فلايكون ضماناً عرفياً حتى يشمله عموم قوله: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ».

تتمة: إذا قال: في فرض الخوف على السفينة: الق متاعك، و اقتصر على ذلك قال في الشرائع: لم‌يرجع على القائل و ليس عليه ضمانه. و في *الجواهر*: بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

و عن *المسالك*: و الفرق بينه وبين قوله: أدّ ديني فأداه، حيث يرجع عليه، أن اداء دينه منفعة لا محالة، والقاء المتاع قد يفضي إلى النجاة وقد لايفضي فلايضمن إلّا مع التصريح. و رده صاحب *الجواهر* فلاحظ.

و في *المستمسك*: ان الثاني داخل في قاعدة عقلائية من استوفى مال الغير فهو له ضامن. و في المقام (الق متاعك في البحر) إذا كان الأمر بالالقاء لمصحلة الأمر كان

---

١. ج١٣، ص٣٥٩.

٢. و معنى ذلك ان القبول إذا كان قولياً كان العقد لازماً وإذا كان فعلياً كان العقد غيرلازم بعدم كماله وتمامه. نعم الضمان بعد الالقاءلازم على الموجب فلاتغفل.

ضامناً للمتاع، و إذا كان لمصلحة المأمور لا غير ـ كما إذا كان الآمر خارجاً عن السفينة وكان الباعث على أمره مصلحة المأمور ـ لم‌يكن ضامناً لعدم تحقق استيفاء مال الغير.

أقول: الظاهر سلامة ما أفاده من التفصيل، من الايراد.

## فائدة مهمة

في موثق زرارة ب ٣١، ج ٥، من أبواب الدين والقرض:[1] سألت أباعبدالله (او أباجعفر)عليه‌السلام عن رجل مات و ترك عليه دينا و ترك عبداً له مال في التجارة و ولداً. و في يد العبد مال أو متاع و عليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة (ته) و ان الورثة و غرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال و المتاع و في رقبة العبد. فقال: أري ان ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و لا على ما في يده من المتاع و المال، إلّا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما في يده للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما في يده للغرماء يقوم العبد و ما في يديه من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد و ما في يديه عن أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم، إن كان ترك الميت شيئاً، قال: و إن فضّل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رد على الورثة.

تدل الرواية على أمور:

١. صحة ضمان الورثة للغرماء من دون إذن الغرماء ولا رضاهم و لايبعد الالتزام به في مورد الرواية فيكون الضمان ايقاعاً، و يمكن صحة الضمان حتي في فرض استيعاب الدين للتركة كما يستفاد من الرواية و لاحظ كتابنا *لئالي المستمسك* أيضاً.

٢. تعلق حق الغرماء بمال الميت وعدم ولاية الورثة على ذلك، ما لم‌يضمنوا و إن كانت صحة ضمانهم تكشف عن اولويتهم بالتركة.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ٣٧٥.

٣. جريان البند الثانى حتى في فرض العلم بعدم الاستيعاب وهذا مشكل جـداً. و لاحظ كتابنا *لئالي المستمسك* فإن هذا البحث مذكور فيه مفصلاً.

**تتمة**

قال الماتن: قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة، الاتفاقية و الإختلافيـة أن ما ذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان وأنه نقل الحق الثابت في ذمة إلى أخرى و أنه لايصح في غيرالدين و لا في غيرالثابت حين الضمان، لا وجه له، و انه أعم من ذلك حسب ما فصّل.

أقول: عرفت وجهه و ان الضمان الخاص هو ما كان مـدلولاً للروايـات الخاصـة ولكن الضمان المستفاد من الكتاب العزيز أعم منه و انه يمكن تبرءة ضمان المضمون عنه في الضمان العام أيضاً بالتصريح. ثم ما ذكره الماتن في التتمة انما هو ما يتعلق ببيان الشبهة الموضوعية، وما قبلها بيان لأحكام الضمان الكلية كما نبّه عليـه السـيد الحكيم.

**(مسألة ١) لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فـي أصـل الضـمان فـادعى انـه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له، فالقول قوله. وكذا لو ادعي انه ضمن تمـام ديونـه و أنكره المضمون له، لاهالة بقاء ما كان عليه[١] و لو اختلفا في أعسار الضامن حين العقد و يساره فادعي المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه[٢] وكـذا لـو اختلفـا فـي اشتراط للمضمون له و عدمه فان القول قول المضمون عنه[٣] وكذا لو اختلفا فـي صـحة الضمان وعدمه.[٤]**

(١) لاستصحاب عدم الضمان فيترتب عليه أثره الشرعي وهو بقاء الدين على ذمة المدين.

(٢) هذا فيما إذا لم‌يكن لليسار أو الاعسار حالة سابقة و إلّا فتستصحب و يكون منكرها مدعياً و مدعيها منكراً. وجه تقديم قول المضمون عنه في فرض عدم جريان الأصل في الحالة السابقة هو أصالة اللزوم. و رد بانه من التمسك بالعـام فـي الشـبهة

المصداقية. لكن الماتن قال به في بحث الربا في الجزء الثالث من العروة صريحاً، خلافاً للمتأخرين، وصاحب الكفاية معاصره رحمهما الله وسيد الاستاذ الحكيمؒ في *حقائق الاصول* حيث قالا به في خصوص كون المخصص لبيا، وطبقه الاخير على المقام[1] فانه لا دليل لفظي على اشتراط يسار الضامن سوى بناء العرف، لكن في صحة قولهما كقول الماتن وتفصيل آخر للنائيني و سيدنا الاستاذ الخوئيؒ إشكال و نظر. و عليه فيشكل تقديم قول المضمون عنه كما افتى به الماتن وغيره.

هذا كله إذا كان المعيار في تمييز المدعي و المنكر الغرض المقصود. و اما بناء على مختارنا من انه مصب الدعوى فكل منهما مدع و منكر وحيث لاحجة لاحدهما، يرجع أمرهما إلى التحالف و الانفساخ.

(٣) لاصالة عدم اشتراط الخيار.

(٤) قيل لاصالة صحة الضمان بلا فرق بين المضمون عنه وله.

**(مسألة ٢) لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان أو في ثبوت الدين أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين فالقول قول الضامن(١) و لو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً أو وفائه أو ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معين و المفروض تلفه(٢) أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له أو اشتراط كون الضمان بما يسوي أقل من الدين قدم قول المضمون له.(٣)**

(١) لاصالة عدم ما يدعيه المضمون له في هذه الموارد السبعة.

(٢) فتبرأ ذمة الضامن من الدين عملا بالشرط.

(٣) لاصالة عدم ما يدعيه الضامن في جميع الموارد الثمانية.

**(مسألة ٣) لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الإذن و عدمه، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع و عدمه أو مقدار الدين الذي ضمن و أنكر المضمون عنه الزيادة**

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٣٦٤.

**أو في اشتراط شيء على المضمون عنه[١] أو اشتراط الخيار للضامن قدّم قول المضمون عنه[٢] و لو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه و انكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن.[٣]**

(١) أي في عقد آخر غير عقد الضمان. و اما فيه فالمضمون عنه خارج عن طرفي العقد، فلا معنى لإشتراط شيء عليه.

(٢و٣) لاصالة العدم في جميع الموارد، الا إذا أقام المدعي بينة على مدعاه.

**(مسألة ٤) إذا انكر الضامن الضمان، فاستوفى الحق منه بالبينة، ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر لإذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان مدعياً مع ذلك الإذن في الاداء بلا ضمان و لميكن منكر الأصل الدين و فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين و الإذن في الضمان، جاز له الرجوع عليه. إذ لا منافاة بين انكار الضمان و ادعاء الاذن في الاداء[١] فاستحقاقه الرجوع معلوم، غاية الامر أنه يقول: ان ذلك للاذن في الاداء[٢] و المضمون عنه يقول انه للاذن في الضمان، فهو كما لو ادعي علىٰ شخص انه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، و المدعىٰ (عليه)؟ ينكر قرضاً و يقول انه يطلب من باب ثمن المبيع، فاصل الطلب معلوم[٣] ولو لميعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه وثبت ذلك عليه بالبينة، فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه(٤) وهل يجوز للشاهدين علي الآذن في الضمان حينئذ ان يشهد بالاذن من غير بيان كون الآذن في الضمان أو كونه الآذن في الأداء؟ الظاهر ذلك[٥] و إن كان لايخلو عن اشكال[٦] وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر انه يطلب قرضاً وبينته تشهد بانه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان انه للقرض أو لثمن المبيع على اشكال.**

(١) يمكن الخدش فيه في فرض اعتراف الضامن بعدم قصد أداء الدين عن المضمون عنه وانه أداه ظلماً فقط.

(٢) في هذا الفرض يزول الخدش السابق. و في *المستمسك*[١] ان الاذن في الأداء

١. ج١٣، ص٣٦٧.

انما تقتضي جواز الاداء لا وجوبه، كما لايقتضي ولاية الدائن على الاخذ من المأذون ولا جواز اجباره علي الاداء، فاذا أجبر علي الاداء لم‌يكن الاداء صحيحاً، بل المال باق على ملك صاحبه و لايدخل في ملك الدائن، فكيف يجوز (رجوعه) على المضمون عنه بعد الاداء الاجباري. و الاذن يقتضي جواز الرجوع على الآذن إذا كان الاداء بقصد افراغ ذمة الآذن لا مطلقاً. نعم إذا رضي (المضمون عنه) به بعد ذلك، بناء على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاء عن دين الغاصب وفاء على شخص آخر فقد تحقق المأذون فيه... لكن في ص٣٦٩ منه: لم‌تثبت المقاصة في الذمة و انما ثبتت بما في الخارج، فالعين الخارجية المملوكة للظالم، يجوز للمظلوم أخذها، أما دين الظالم الذي له على الناس فلم‌يثبت جواز أخذه مقاصة بحيث يكون للمظلوم ولاية على تعيينه و تشخيصه في الخارج لقصور أدلتها عن العموم لذلك[١] و ان كان الذي يظهر من *التذكره* و *القواعد* و شروحها المفروغية عن جواز المقاصة في الذميات... .

اقول: و لايبعد قبوله و ان فرض قصور روايات المقاصة عن شمول ما في الذمة، اعتماداً على قاعدة العدل كما ذكرناها في كتابنا: *الأرض في الفقه*.

(٣) عرفت الخدش في اطلاقه في البند الاول من التعليقة. الا في الفرض الذي نذكره في البند الرابع.

(٤) الاظهر انه لا أثر لقيام البينة في المقام (جواز الأخذ) بعد اقرار الضامن بأخذ المال منه ظلماً، الا إذا ادعي انه أداه ظلماً بقصد إفراغ ذمة المدين فيقبل منه فانه لايعرف ذلك إلّا من قبله، فيجوز له الرجوع كما فصّلناه في البند الأول و الثاني.

و قد أورد على الماتن أيضاً بأنه لم لايجوز التقاص في الصورة الاولي أيضاً و قد صرح به (الجواز) السيد الاستاذ الخوئي في التعليقة. قلت: وذلك بعد دفع ما أفاده السيد الحكيم بما أشرنا لابد من تقييده بفرض إدعاء الضامن الأداء بقصد افراغ ذمة المدين.

---

١. لاحظ روايات المقاصة في الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

نعم بناء على رضي المديون و فرض احتساب دين الضامن على الدائن وفاء على شخص آخر بقاعدة العدل يصح قول السيد الاستاذ الخوئي رحمه الله.

و يمكن أن يكون للبينة أثر و هو لزوم الرضا بالاحتساب على المضمون عنه. فلاحظ.

( ٥) لانها شهادة بالحق.

( ٦) ولعله لأجل أن مطلق الإذن لا أثر شرعي له حتى يقبله القاضي و انما الموضوع للأثر المتعلقة بشيء خاص من ضمان أو أداء كما نبه عليه في *المستمسك*.[١]

نعم هو يتم في المثال فان لمطلق الدين أثراً شرعياً و إن لم‌يذكر سببه من بيع أو قرض. و مع قطع النظر عن هذه المشكلة لم‌اعرف وجهاً آخر لاشكال الماتن.

**(مسألة ٥) إذا ادعي الضامن الوفاء و أنكر المضمون له وحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه، إذا لم‌يصدقه في ذلك[(١)] و إن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه و تقبل شهادته له الأداء[(٢)] إذا لم‌يكن مانع من تهمة[(٣)] أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.[(٤)]**

( ١) إذا فرضنا الضامن أميناً للمضمون عنه كما سيأتي في المسألة السادسة فكيف يسع له عدم تصديقه و إن ثبت عدم أدائه بالنسبة إلى المضمون له بعد حلفه.

(٢) اخذا باقراره و اذنه.

(٣) كما إذا كان الضامن معسر أو لم‌يعلم المضمون له بإعساره، فان له الفسخ حيث يسهل الاداء و يرجع على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق عن ذمته. وهذه هي التهمة.

( ٤) أي لشهادة المضمون عنه كما نقل عن كتب الأصحاب.

**(مسألة ٦) لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان جاز له الرجوع عليه[(١)] و لو إدّعي الوفاء و أنكر الاذن قبل قول المأذون لانه امين من قبله[(٢)] و لو قيد الأداء**

---

١. ج ١٣، ص ٣٧٧.

**بالاشهاد و ادعي الاشهاد و غيبة الشاهدين قبل أيضاً قوله[٣] و لو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع[٤] نعم لو علم انه وفاه و لكن لم‌يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه، لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحققه.[٥]**

(١) فيه نظر لعدم الملازمة العرفية بين الإذن الخالي عن القرينة و بين التزام المدين المضمون عنه بالأداء بعد وصول الدين إلى المضمون له من قبل الضامن نعم إذا أمر الضامن و قال أدِّديني. جاز له الرجوع فانه استيفاء مال الغير الموجب لضمان المستوفي عند العقلاء كما يأتي بحثه. ولعل مراد الماتن وغيره من الإذن هو الطلب فلا نزاع وذلك لأن الإذن غيرمتعارف عند العرف، بل الشائع هو الطلب بصيغة الأمر و نحوها.

## فرع

ولو فرضنا ان أحداً أدّى دين أحد بقصد الرجوع و بدون قصد المجانية بغير إذن المدين أو باذنه و قلنا بعدم جواز الرجوع عليه به، جاز للمؤدي الرجوع على الدائن و استرداد ماله، عملاً بقاعدة العدل، في فرض الإذن.

(٢) قيل بناء العقلاء و المتشرعة على قبول قول الأمين كالأجير على العبادة عن ميت مثلاً، و لأجله يقع التناقض في كلام الماتن هنا وفي المسألة السابقة.

(٣) لِما عرفت من قبول قول الأمين.

(٤) لإنتفاء المقيد بإنتفاء قيده.

(٥) هذا في بعض الموارد، و ربما يكون لغرض من الاشهاد سد دعوي المضمون له و انكاره فلايجوز رجوعه عليه من دون إشهاد، فترك الاشهاد ربما ينف استحقاق الضامن و ربما لاينفي كما ذكره الماتن فلابد من ملاحظة الاغراض و المقامات ولا ضابطة في المقام.

## تكملة

**قال صاحب العروة في الشرط الثامن من شروط الضمان: أن يكون الدين ثابتاً على**

**ذمة المضمون عنه. و يمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت، و ان لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً لصدق الضمان و شمول المعمومات العامة.**

أقول: قد تقدم ما علقنا عليه في محله. و المقصود هنا ما ذكره سيدنا الأستاذ الحكيم بعد رد المتن[١] و اليك نصه: كما يمكن أيضاً التعهد على غير وجه الضمان بأن يتعهد انسان للزوجة بأن ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل و يعطيها هو النفقة ولا بأس به لدخوله في عمومات الصحة، و نظيره أن يتعهد لمن له دين على زيدان يصلي عنه ركعتين، ويرفع اليد عن دينه على زيد، فانه نوع من أنواع العقد، إن صح لم يكن من جنس الضمان، بل هو عقد لنفسه، يدخل في عموم صحة العقود. لكن لا يسقط الدين في الفرض بمجرد العقد، بل لا بد من اسقاط الدين من الدائن. و إذا كان العوض مفروضاً بدلا عن الدين، كان الدين لذي العوض و لا يسقط الا بالوفاء أو الابراء منه. ويمكن أن تكون المعاملة بنحو آخر.

و كيف كان... والضمان ليس مطلق التعهد و إلّا فالعقود كلها تعهدات على أنحاء مختلفة باختلاف مضامينها. ومن ذلك تعرف صحة ما ذكره الأصحاب. انتهى.

ما أفاده ﵀ جدير بالتأمل و التعمق، لكن في أقسام التعهدات ما يفيد فائدة الضمان المصطلح الفقهي عملاً باطلاق قوله تعالي: «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ» فلاحظ و تدبر و إذا قال: رفعت يدي عن ديني في ذمة زيد بصلاتك ركعتين لأبي فقبل او صلي فقد سقط دينه. أو قال: أفعل كذا لك بفراغ ذمة زيد عن دينك فقال: قبلت برئ ذمة زيد، لكنها ليسا من الضمان المصطلح.

---

١. ج ١٣، ص ٢٦٥.

[المقصد الثاني]

# بقية اقسام الضمان

# بقية اقسام الضمان

كان من المناسب ان نستعقب اقسام الضمان على ما التفتنا إليها في هـذا الكتـاب تسهيلا للمراجعين والطالبين بعد اتمام مسائل الضمان العقدي في مدة ٢٥ يوما حيث صرفنا وقتنا بشرحها كل يوم بمقدار نصف اليوم واشتغلنا بنصفه الآخر بتعليقتنا علـى *بحارالأنوار*.

**القسم الثاني: الضمان الحاصل من الحوالة**

فبعد قبول المحتال للحوال تشتغل ذمة المحال عليه له ويبرء ذمة المحيل من دينه.

والفرق بين الضمان المتقدم والحوالة، ان تحويل الـدين مـن ذمـة إلـي ذمـة فـي الضمان من فعل الضامن وان كان بطلب من المضمون عنه، واما في الحوالة فهـو مـن فعل المدين فانه يحيل دين المحتال من ذمته إلي ذمة المحال عليه.

فالفرق بينهما واضح حتي علي فرض صحة الحوالة علي البريء وان قال جمع ان الحوالة علي البريء شبه ضمان او هو هو فلاحظ *المستمسك*.

وقال سيدنا الحكيمﷺ تحكيما لنظر ماتنه: الضمان التعهد بالدين الـذي فـي ذمـة المضمون عنه. و من احكامه انتقاله إلى ذمة الضامن لا عين الانتقال... و فـي المقـام معني الحوالة هو النقل و الانتقال. فاختلفا مفهوماً و ان اشتركا في بعض الآثار.[1]

---

١. *المستمسك*، ج١٣، ص ٢٦٥.

ثم الظاهر أن الحوالة كالضمان ـ غالباً ـ عقد يعتبر فيها ما يعتبر في سائر العقود، لكن ذهب صاحب *العروة* إلى كونها ايقاعاً، و قال بعد كلام له: و من ذلك يظهر ان الضمان أيضاً من الايقاع فانه نوع من الوفاء... بل يمكن دعوى ان الوكالة أيضاً كذلك، كما أن الجعالة أيضاً كذلك.

فلاحظ ما قاله وما يرد عليه في حوالة *المستمسك*.[1]

## القسم الثالث: الضمان بالاستيفاء

فمن استوفى مال الغير فهو له ضامن، ببناء العقلاء وسيرة العرف العام و لم يردع عند الشرع فهو عنده ممضي.

وقد تعرض له صاحب الجواهر ﷺ[2] و كلامه مفيد.

وقال سيدنا الأستاذ الحكيم ﷺ فإذا قيل للحلّاق احلق رأسي يكون ضامناً للأجرة، كما يكون ضامناً للمال الذي أدّاه إذا قال له: أدّ ديني و كذلك في المقام (الق متاعك في البحر... إلى آخر ما قاله في ص٣٦٢ و نقلناه في ذيل المسألة الثانيةوالاربعين.

## القسم الرابع: ضمان المعاوضة

المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة، يعني بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله آناً ما و ليس مضمونا بضمان اليد، فلايكون مضموناً في ذمة البائع، والضمان بهذا المعنى حكم شرعي لايقبل الاسقاط و لايمكن نقله إلى غيره بضمانه و ذلك يختص بالضمان باليد. نعم إذا اتلفه البائع كان ضامناً له، لكنه بالاتلاف لا باليد كما ذكره السيد الاستاذ في مستمسكه.[3]

---

١. ج١٣، ص٣٧٧ و ٣٧٩.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص٧٣.

٣. ج١٣، ص٢٦٣.

أقول: يدل علي أن تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه صحيح بريدبن‌معاوية في الجملة[١] و رواية عقبةبن‌خالد[٢] و هي ضعيفة سنداً.

وقال الشيخ الانصاري‌ﷺ في أحكام القبض من مكاسبه:[٣] من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه، إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، و يسمى ضمان المعاوضة، و يدل عليه قبل الإجماع النبوي المشهور: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض انه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن اطلاق المال على التالف إنّما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف... .

و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آناًما ليكون التالف مالاً للبائع... .

و مما ذكرنا من أن معنى الضمان هذا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع في ملك البائع و يسمى ضمان المعاوضة، لا ضمانة عليه مع تلفه من المشتري كما في المغصوب والمستام وغيرهما ويسمي ضمان اليد، يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لاحق مالي، فلايقبل الاسقاط، و لذا لو أبرئه المشتري من الضمان لم‌يسقط كما نص عليه في *التذكرة* و *الدروس*.

وليس الوجه في ذلك أنه اسقاط ما لم‌يجب، كما قد يتخيل... حتى قال (ص ٣١٤): مسألة: تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر... بل الظاهر انه مما لاخلاف فيه.

ثم انه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم‌أجد

---

١. عن أبي‌عبدالله‌ﷺ في رجل اشترى من رجل عشرة الافطن قصب في انبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والانبار فيه ثلاثون الف طن. فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة الاف طن. فقال المشتري قد قبلت... .

وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة الاف طن. فقال: العشرة الاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع. (*الوسائل*، ج١٧، ص ٣٦٦ و ٣٣٥).

٢. *الوسائل*، ج١٨، ص٢٣.

٣. ص٣١٣، طبعة تبريز بمطبعة الاطلاعات.

أحداً صرّح بذلك نفياً و اثباتاً. نعم ذكروا في الاجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم مسكوت عنه في كلماتهم، إلّا أنه يظهر من بعض مواضع *التذكرة* عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلّمات.

اقول: لا دليل على الحكم في البيع سوى الإجماع المنقول و صحيح بريد[١] ففي غيره يرجع إلى القواعد.

و قال السيد الاستاذ الخوئي في *مصباح الفقاهة*:[٢] ان ملكية المتبائعين و ان تحصل بالعقد والبيع، لكن التسليم والتسلّم عند العرف من مكملات البيع، فما دام لم‌يقع التسليم، فكأنما لم‌يتم البيع، فهما ليسا من شروط الملكية، بل من مكملات البيع، فإذا تلف المبيع قبل التسليم والتسلم يكون التلف من البائع، فان ملكيته المشتري لم‌تتم بعد على العين و إن كان مملوكاً له في الجملة.

و إن شئت فقل بقيام السيرة على كون التسليم و التسلّم من مكملات البيع، بمعنى انه ينحل بدون التسليم، و هكذا الحال في جانب تلف الثمن قبل التسليم، فانه ملك المشتري.

أقول: وعليه فلا موضوع لضمان المعاوضة عند سيدنا الاستاذ، بل ربما يمكن الحاق سائر المعاوضات بالبيع لبعد الفرق بينه و بينها عرفاً. لكن كلامه غيرواضح و لعله لا قائل به سواه و الله العالم لاحظ تفصيل البحث في *القواعد الفقهية*[٣] و ما بعدها.

هذا كله في التلف. وأمّا مع الاتلاف فيضمنه المتلف لقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن كما سيأتي إن شاء الله تعالي.[٤]

---

١. *الوسائل*، ج١٧، ص ٣٦٥.

٢. ج٧، ص٥٣٧ و٥٣٨ طبعة دارالهادي بيروت.

٣. ج٢، ص٦٢.

٤. لاحظ تفصيل البحث في مكاسب الشيخ وشروحه.

مسألة: إذا تلف أحد العوضين في غير البيع من دون اتلاف وتفريط فهل هو على مالكه أو على من تلف عنده؟ مقتضي القاعدة ظاهراً هو الأول، لعدم موجب للضمان بعدم عدم استيلاء عدواني لمن تلف عنده و سيأتي تفصيل و أقسام الاستيلاء عن قريب فانتظر.

تتمة: بناء على حصول المبيع للمشتري و ملكية الثمن للبائع بالعقد يجب على كل من المتعاوضين رد العوض المعين إلى آخرهما وفاء بالعقد وهذا ليس بضمان مالي، بل هو حكم تكليفي تعلّق برد مال الغير إليه. نعم لو فرط فيه وتسامح فتلفت العين يضمنه للاستيلاء العدواني كما انه لو اتلفها بضمنه بالضمان الاتلافي.

## القسم الخامس: ضمان العقود المعاوضية

إذا كان العوضان كليين يصبح كل من المتعاقدين ضامناً للآخر فيتعلق في ذمة كل منهما ما عقدا عليه.

و ما تقدم في القسم السابق انما كان في المبيع الشخصي كما عرفته.

## القسم السادس: الضمان بالعقد الفاسد[1]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم‌يملكه و كان مضموناً عليه. اما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد. و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه - و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد، فهو المعروف. و عن الشيخ و كاشف‌الغطاء الاجماع عليه... . و يدل عليه النبوي: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي» كما ذكره المحقق الانصاري في من مكاسبه.[2]

و قال انه من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لايضمن بصحيحة لايضمن بفاسده.

---

١. و لاحظ ما تعرّض له صاحب الجواهر في ج٣٧، ص٧١.

٢. ص١٠١.

و قال أيضاً: ان تداركه تارة بعوضه الجعلي الذي تراضي هو و المالك على كونه عوضاً أمضاه الشارع كما في المضمون بالعقد الصحيح، و أخرى بأداء عوضه الواقعي كالمثل و القيمة و إن لم‌يتراضيا عليه، فالمراد بالضمان بقول مطلق ـ هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

و ذكر أيضاً أن سبب الضمان ليس فساد العقد بل القبض فقبله لا ضمان.

و عن *المسالك* الاستدلال على القاعدة باقدام الآخذ على الضمان مضافاً إلى قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

و ناقش فيه الشيخ الانصاري رحمه الله: بان المتعاملين انما اقدما وتراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل و القيمة، و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص و مطلق الضمان لايبقي بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى: فالضمان بالمثل و القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله و ليس مما قدم عليه المعاقدون.

على انه قد يكون الاقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض، و قد لايكون اقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري.[1]

و أورد على النبوي[2] بانه يخص الاعيان و لايشمل المنافع و الأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

ثم قال: اللهم الا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم. وانه لايحل الا عن طيب نفسه و ان حرمة ماله كحرمة دمه، و انه لايصلح ذهاب حق أحد. مضافاً إلى أدلة نفي الضرر. فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلا لغرضه فلابد من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر.

---

١. كلام الشيخ غيرقوي و أصل الضمان باق للاقدام. لاحظ جواب مناقشة الشيخ في *مصباح الفقاهه*، ج٣، ص٢٤٩.

٢. *المكاسب*، ص١٠٣.

و استدل على القاعدة في جانب سلبها (ما لم‌يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) بأن مقتضى عموم على اليد، و إن كان هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غيرمضمونة على القابض و بقي الباقي. لكن ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هو عموم ما دل على ان من لم‌يضمنه المالك، سواء ملكه اياه بغير عوض أو سلّطه على الانتفاع به أو استأمنه عليه لحفظه أو لدفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا أجرة أو معها أو غير ذلك فهو غيرضامن.

أما في غير التمليك بلا عوض كالهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأمنه المالك، غيرضامن، بل ليس لك أن تتهمه. و أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان، فان استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسلط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق اولى. انتهى.

أقول: معتصماً بالله تعالى و هدايته أن الكلام في مقامات:

الأول النبوي مرسل و من غير طريقنا فلايصلح مدركاً للحكم. و دعوى جبر سنده بعمل المشهور مشكلة صغري، إذ للقائلين بالضمان أدلة اخرى[١] و ممنوعة كبرى على ما قررنا في محله. على انه مخصوصة بالأعيان بقرينة قوله: «حتى تؤديه». فلايشمل المنافع و الاعمال كما أشار إليه الشيخ الأنصاري في كلامه.

و الأظهر أن جملة «علي اليد...» غير دالة على ضمان المثل أو القيمة أبداً و إنما تدل على ضمان العين حتى أدائها إلى مالكها و معنى الضمان ـ إن تمت الرواية سنداً ـ هو تعليق العين بوجودها الاعتباري بذمة ذي‌اليد و عهدته.

---

١. لاحظها في *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٢٨٧.

و ما ذكره السيد الأستاذ الخوئي في وجه دلالتها على الضمان[١] غيرقابل للقبول و كذا إشكاله على شيخه النائيني رحمها إليه.[٢]

الثاني الاستيلاء على مال الغير على أقسام ثلاثة:

الف: الاستيلاء لمجرد الاحسان كأخذ مال لحفظه من حرق أو خرق أو كسر أو سرقة و كأخذ حمل من صغير تخفيفاً عليه و ايصاله إلى منزله.

فإذا تلف المال المذكور عند المحسن من دون إتلاف و تفريط، فالظاهر أنه لاسيرة عقلائية و لا بناء عرفي و لا ارتكاز شرعي على الضمان و لمأجد دليلاً لفظياً عليه أيضاً و عليه فالمرجع هو إصالة عدم الضمان. بل يمكن نفيه بقوله تعالى: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ».[٣]

بل يمكن التمسك باطلاقه للإتلاف الاحساني كما إذا أتلف جنس أحد، قيمته دينار واحد، لأجل حفظ نفسه أو ماله الذي قيمته ألف دينار. و ان لميأذن بإتلافه، بل و ان نهى عنه في الأول، فإن حفظ نفس محترمة واجب فيجب إتلاف ماله مقدمة، و اما في الثاني فلايبعد الضمان مع النهي، إلّا أن يعد النهي سفهياً عرفاً.

ب: الاستيلاء العدواني كما في الغصب و السرقة و الارتشاء و امثالها فلايبعد دعوي الارتكاز المتشرعي، بل بناء العقلاء في غالب موارده[٤] على الضمان بالتلف. ولعله لا خلاف فيه بين الفقهاء.

و يدخل فيه الاستيلاء على مال من غير إذن مالكه إذا عدّ تصرفاً عرفياً فان التصرف في مال الغير محرم شرعاً فيكون نوعاً من العدواني.

ج: المقبوض بالعقد الفاسد إذا علم المالك فساد العبد و أمثاله كما إذا أقبضه

---

١. *مصباح الفقاهه*، ج٣، ص٣٠٣.

٢. و لاحظ تركيب الجملة المذكورة أيضاً في *القواعد الفقهية* للبجنوردي، ج١، ص١٤٩ ـ ١٥٠ و ج٢، ص٨٧ و٨٨.

٣. التوبة، الآية٩١.

٤. لاحظها في *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٨٧.

المالك باعتقاد انه مال الغير ثم تبين للمالك انه ماله لا مال الغير و كما إذا أخذ أحد مال صديقة أو قريبة باعتقاد رضاه و لميكن به راضياً، فتلف المال عند الآخذ بتلف سماوي و غيراختياري فهل يضمن التالف أم لا؟ و الأرجح هو التفصيل في الموردين الأولين، فإن قلنا بوجوب رد المال فيهما إلى مالكه فلميرد فنقول بضمانه لدخوله حينئذ في البند الثاني. و ان لمنقل به و قلنا بوجوب التخلية بين المال و مالكه فلميجيء المالك إلى ماله و أخذه فالظاهر عدم الضمان لعدم دليل عليه. و كذا في المثال الثالث فانه لايصدق عليه مع اعتقاده بطيب نفس مالكه الإستيلاء العدواني عرفاً.

قال السيد السيستاني:[1] يلحق بالغصب في الضمان، المقبوض بالعقد المعاوضي وما يشبهه، فالمبيع الذي يأخذه المشتري، و الثمن الذي يأخذه البائع في البيع الفاسد يكون في ضمانها كالمغصوب سواء علما بالفساد أم جهلا، أو علم أحدهما و جهل الآخر. و كذلك الأجرة التي يأخذها المؤجر في الاجارة الفاسدة و المهر الذي تأخذه المرأة في النكاح الفاسد و الفدية التي يأخذها الزوج في الطلاق الخلعي الفاسد و الجعل الذي يأخذه العامل في الجعالة الفاسدة و غير ذلك مما لايكون الأخذ فيه مبنياً على التبرع.

أقول: اطلاق كلامه لا دليل عليه كما عرفت. كما ان ما ذكره السيد الاستاذ الخوئي؊ في وجه الضمان[2] أيضاً غيرمعتمد. و استدلال الشيخ الأنصاري باطلاق النص ممنوع بضعف النص و هو النبوي ـ كما مر ـ.

لايقال انه استيلاء محرم فان الأحكام الشرعية ثابتة لنفس الموضوعات من دون مدخلية للعلم و الجهل و الاعتقاد و لايزيل اعتقاده الخطئي حرمته.

قلت: نعم لكن مثل هذه الحرمة مع ذلك الاعتقاد المذكور لايجعله عدوانياً

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٢٣٠.

٢. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٢٦١.

يستلزمه الضمان بالارتكاز المتشرعي. و لا دليل على أنّ الحرمة الواقعية توجب الضمان.

و إن شئت فقل دليل الضمان ـ و هو بناء العقلاء ـ لبّي و المسلم منه ضمان اليد العدواني دون مطلق اليد و الاستيلاء و دون اليد غيرالمأذونة و الاستيلاء غيرالمأذون.

الثالث: و اما ما استدل به شيخنا المحقق الانصاري﴿ره﴾ للضمان ففيه نظر فان المتيقن من احترام مال المؤمن هو الحرمة التكليفية دون الوضعية، فإن لميحرز دلالة ما دل عليه، على الضمان واما انه لايحل مال المؤمن الا بطيب نفسه فعدم دلالته على الضمان أوضح، فانّ الظاهر منه هو الحكم التكليفي فقط، كما ان عدم صلاحية ذهاب حق أحد أعم من الضمان.

نعم لا مضائقة في اقتضاء قاعدة احترام مال المؤمن و المسلم ضمانه بالاتلاف دون التلف. كما انّ حرمة دم المؤمن لاتقتضي ضمان ديته بتلفه و موته بهدم بيت الغير و آفة سماوية و ان دعاه الغير إلى بيته لغرض من الأغراض كأكل الطعام أو عقد معاملة و نحوهما.

و قاعدة نفي الضرر انما تنفي الحكم و لا تشبّه عند المشهور، و الشيخ المعظم أعلم منّا بهذا. كما ان قوله (﴿ره﴾): فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلابد من أداء عوضه، لقاعدة الاحترام و نفي الضرر.

فيه انه و ان يجب أداء عوضه، كما أفاده، لكنه لا لقاعدة الاحترام و لا لنفي الضرر عند المشهور أو جمع كثير، بل لقاعدة الاستيفاء كما ذكرنا في القسم الثالث المتقدم و هو واضح. و يبعد كل البعد غفلة مثل هذا التحرير عن هذه الايرادات.

الرابع: ان عدم الضمان في القاعدة في جانبها السلبي لعدم الدليل عليه، لعدم الاقدام، و الاستيلاء كان مجانياً و قد تقدم استدلال الشيخ الأنصاري﴿ره﴾ عليه.[١]

---

١. و للسيد الخوئي﴿ره﴾ اشكالات على جملة من كلمات الشيخ﴿ره﴾ في *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٤٩.

## القسم السابع: الضمان بالاستيلاء

تقدم تفصيله في القسم السادس السابق من الضمان و ينبغي ذكر أمر، وهو انّ الامين غيرضامن و قد ادعي عليه الاجماع و ان الفقهاء يرسلونه ارسال المسلّمات من غير انكار لأحد[١] و استدل له بان اليد الضامنة هي اليد العادية أو غيرالمأذونة، و يد الأمين مأذونة من قبل المالك كما في العين المستأجرة أو المرهونة عند المرتهن أو العارية عند المستعير، أو من قبل الشارع كاللقطة عند الملتقط أيام التعريف أو المال المجهول المالك أو أموال الغيّب و القصّر عند الحاكم أو المأذون من قبله.

و لا فرق في الأمانة المالكية في كون الاستيمان لنفع المالك كما في الاجارة أو لنفع الأمين كما في العارية. و يؤيده بعض الروايات غيرالمعتبرة سنداً.[٢]

و لايبعد الاستدلال عليه بقوله تعالى: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ» و اطلاق السبيل أو عمومه يشمل الضمان، و يد المحسن ليست بعادية، بل هي مأذونة بإذن الشارع فانه أمر المكلفين بالإحسان في كتابه به العزيز، نعم بين المحسن و الأمين عموم من وجه، إذ بعض المحسنين ليس بأمناء كما إذا حمل أحد مال الصغير أو المجنون إعانة له و كما إذا أخذ مال أحد بالقوة لأجل أن يساعده كما هو المعتاد عند الأصدقاء و بعض الأمناء ليسوا بمحسنين كالمستعير. و هذا خارج عن مدلول الآية. نعم يضمن الأمين مع التعدي و التفريط كما يظهر من صحيح أبيولاد حيث تجاوز بالبغل عن المكان المأذون إلي غيره. ثم انه أورد على هذه القاعدة (عدم ضمان الأمين) نقوضاً، لكنها غير تامة فلاحظ تفصيلها في المطولات.[٣]

---

١. *القواعد الفقهية*، ج ٢، ص ٦.

٢. *المصدر*، ص ٥.

٣. *المصدر*، ص ١١.

## القسم الثامن: الضمان بالسوم

المراد به ما يأخذه الشخص لينظر فيه أو يضع عنده ليطلع على خصوصياته لكي يشتريه إذا وافق نظره، فان المشهور انه يكون في ضمان آخذه كما قيل، لعموم على اليد، وعن جمع عدم الضمان، للأصل، بعد كون القبض المزبور بإذن المالك فيكون أمانة كالوديعة.

و عمدة دليل صاحب *الجواهر*[١] الشهرة، بل ربما أرسلوه إرسال المسلمات، حتى قال بعدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبّر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلك، و هو كل مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذٍ فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهراً، و الرجل ليكون عرض خلع و نحو ذلك لاتحاد الملاك في الجميع والله العالم.

أقول: الأظهر عدم الضمان، فان عدم قصد التبرع لاينافي عدم الضمان إذا تلف بغير فعل القابض و سببه، سواء تلف بآفة طبيعية أو بفعل انسان آخر، بعد ما لم يكن الاستيلاء عدوانياً، بل كان باذي المالك.

فرع: قال صاحب *الجواهر* في شرح قول المحقق: و كذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد... نعم لاوجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل كما صرح به غيرواحد لكونها أمانة صرفة في يده و ضمان الحامل على خلاف مقتضي القواعد فيقتصر عليه[٢] لكن عن *التذكرة* التصريح بضمانه أيضاً.

أقول: عدم الضمان في الحامل و الحمل معاً.

## القسم التاسع: ضمان الاحترام

سبقت الإشارة إليه في المقام الثالث من القسم السادس من الضمان و فصلناه في ذيل المسألة الثانيةعشرة. وعرفت انه غيرثابت على الارجح.

---

١. ج٣٧، ص٧٣.

٢. ج٣٧، ص٣١.

## القسم العاشر: الضمان بالاتلاف

من أتلف مال الغير سهواً أو عمداً، كبيراً كان المتلف أو صغيراً فهو ضامن له و دليله بناء العقلاء و مجموع الروايات، و الظاهر انه لا اشكال فيه وتقتضيه قاعدة العدل. اللهم إلّا أن يكون المتلف طفلاً صغيراً تنصرف منه الأدلة.

و أما إتلاف مال الغير بإذن الشرع كالاسلحة و البسة المقاتلين و حرق الأشجار و هدم المنازل لتسليم البغاة، أو آلات الفساد التي يجب هدمها حسماً لمادة الفساد، فالظاهر عدم ضمانها على متلفها. و تقدم حكم إتلاف مال الغير لمصلحة نفسه أو أمواله الخطيرة مع النهي و عدمه.

و أما إذا أتلف المال لضرورة نفسه دون مالكه، فهو و ان كان جائزاً أو واجباً لكنه ضامن له لأجل الاستيفاء جمعاً بين الحقين.

قال السيد الأستاذ الخوئي ﷺ و هي (قاعدة الضمان بالاتلاف) بهذه الكيفية (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) و ان لم تذكر في رواية خاصة، و لكنها قاعدة كلية متصيدة عن الموارد الخاصة التي نقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة إذا تمس بها الحاجة،... و الموارد التي أخذت عنها هذه القاعدة هي الرهن و العارية و المضاربة و الاجارة والوديعة وغير ذلك من الموارد المناسبة لها، فانه قد وردت فيها الأخبار الكثيرة... .[١]

وقال صاحب *الجواهر* في كلام له[٢] إلا أن يمنع اطلاق سببية الاتلاف للضمان... لعدم ثبوت من أتلف مال الغير فهو له ضامن. رواية من طرقنا ولا قاعدة... إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن النظر ضرورة المفروغية من قاعدة من أتلف التي لهجت بها ألسنة الفقهاء في كل مقام. وربما كان في بعض النصوص إشعار بها.

---

١. لاحظ: مدارك تلك الروايات في هامش *الجواهر*، ج٣٧، ص٦٠ و *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٨٩.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص٦٠.

أقول: و الأحسن الاعتماد على كلام السيد الأستاذ الخوئي و الجزم بالقاعدة.[1]

## القسم الحادي‌عشر: ضمان الغرور

المغرور يرجع على الغار القاصد للابهام، فانه له ضامن ببناء العقلاء، و اما الغار غيرالقاصد للابهام فلم‌يحرز بناء العقلاء على ضمانه، و ليس للقاعدة دليل لفظى، فان النبوي: «المغرور يرجع على من غره» مرسل و رواية اسماعيل‌بن‌جابر[2] ضعيفة سنداً بمحمدبن‌سنان، و الاجماع منقول غيرمفيد للظن[3] و لاحظ البحث في كتابنا «الارض في الفقه» ص ۳۲۱. والله الهادي.

## القسم الثاني‌عشر: الضمان بالتفويت

إذا استوفى أحد منافع إنسان آخر بالقهر أو بالأمر ضمنها كما سبق في القسم الثالث من اقسام الضمان. و اما إذا استولى على إنسان حر فحبسه، فهل يضمن منافعه غير المستوفاة أم لا؟ يصح أن نفصّل بين المنافع الفائتة والمفوتة،[4] و نحكم بعدم ضمان الفائتة لعدم دليل عليه و بضمان المفوتة ببناء العقلاء، فإذا كان المقهور بالحبس كسوبا و لم‌يتمكن من كسبه لأجله فان الحابس يضمن أجرة مثله ضمان تفويت. وكذا إن كان أجيراً لغيره فعطّله عن عمله، فانه يضمن المنفعة المفوتة للمستأجر.

فالأموال ـ سواء كانت أعياناً أو منافع ـ تضمن بالتفويت كما تضمن بالاستيلاء العدواني و الاتلاف لبناء العقلاء الذي لم‌يردع عنه الشارع المقدس. و يمكن أن يستدل عليه أيضاً بقاعدة العدل التي قرّرناها في كتابنا «الارض في الفقه». و بقوله

---

۱. لاحظ: *القواعد الفقهية*، ج ۲، ص۱۷ فانه فصّل هذه القاعدة.

۲. *الجواهر*، ج ۲۱، ص ۲۲۰.

۳. و لاحظ: صحيح ابي‌بصير فانه يدل على المقام على نسخة منه، *الوسائل*، ج۲۷، ص ۳۳۰، باب ۱۳.

٤. قيل: المنافع المضونة ما تكون مقدرة الوجود عرفاً، كسكنى الدار. والمنافع القائتة ما لاتكون كذلك كمنفعة الكتب الشخصية غيرالمعدة للايجار.

تعالى: «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»[١] فانه مطلق يشمل الأحكام الوضعية أيضاً و توضيحه: ان اتلاف أموال الغير و تفويتها عمداً يصدق عليهما الاعتداء بلا شبهة، فيجوز الاعتداء بالمثل وله مصداقان: أحدهما تفويت منافع المعتدي كحبسه بمقدار حبسه. ثانيهما أخذ مقدار ما تضرر المحبوس من منافع الحابس الظالم، فان العرف يري الأخير كالأول من الانتصار و الانتقام و الاعتداء بالمثل؛ أو أخف منه. و على هذا، فإن قلنا بلزوم تمكن الظالم و التزامه بانتقام المظلوم منه، فقد ثبت في ذمته مقدار ما فوّته عليه بعد مطالبة المحبوس منه، و هذا هو الضمان المصطلح. و إن لم‌نقل بلزومه فهو مناف لجواز الاعتداء بالمثل فانه ينجر إلى التنازع الجديد. فلاحظ.[٢] و يمكن ان استدل عليه ايضا بقوله تعالى: «وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ».[٣]

و قوله تعالى: ولمن انتصر بعد ظلمه... نظائرهما بنفس البيان.

و اما في التفويت السهوي فمع فرض عدم صدق الاعتداء و السيئة و الظلم و نحوها، يمكن ان نرجع إلى بناء العقلاء في الحكم بالضمان كما في الاتلاف السهوي.

هذا كله في تفويت منافع الحر غير المستوفاة، و أما منافع الأموال غيرالمستوفاة فهي أيضاً مضمونة على المفوت، إذا لم‌يصدق عليه الاتلاف و صدق عليه التفويت.

و أما الفتوى الفقهي فهو في منافع المستوفاة عند المشهور عدم الضمان[٤] علي عكس فتواهم في منافع الأعيان المغصوبة غيرالمستوفاة، فان المشهور على ضمانها.[٥]

قال المحقق في *الشرائع*: لو حبس صانعاً لم‌يضمن أجرته ما لم‌ينتفع به. و قال صاحب *الجواهر* في شرحه: فضلاً عن غيرالصانع، بلا خلاف أحده، بل في *الكفاية* هو

---

١. البقرة، الآية ١٩٤.

٢. و سنعود إليه في بحث ضمان المثلي والقيمي ان‌شاءالله تعالى.

٣. الشورى، الآية ٤٠.

٤. *الجواهر*، ج٣٧، ص٣٩.

٥. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٢٩٣.

مقطوع به في كلام الأصحاب. و نقل عن مجمع *البرهان* قوة الضمان... و مال إليه في *الرياض*، حيث يكون الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس. ثم قال: يحتمل قوياً اختصاص ما ذكره الأصحاب بصورة عدم استلزم الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات[١] و رده في *الجواهر* بقوله: لايخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الأصحاب، بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان و ان كان سبباً ... .[٢]

و على كل استدل للمشهور أولاً بان الحر لايدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً، بل منافعه في قبضئه كثيابه باقية على أصالة عدم الضمان، و إن ظلم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل كما ذكره في *الشرائع و الجواهر*.[٣]

و ثانياً على التسبيب الذي ذكره إنّما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الاموال، و منفعة الحر معدومة، فلايتصور التسبيب لتلفها.[٤]

قلت: صدور الوجهين المذكورين من مثل صاحب الجواهر بعيد، وسيرة العرف وبناء العقلاء على الضمان عند صدق التفويت كالاتلاف. و كذا بناءاً على قاعدة العدل و قد اختاره بعض أهل العصر أيضاً.[٥]

فحبس الكسوب مثلاً و منعه عن الكسب يوجب ضمان الحابس ضمان التفويت دون ضمان اليد وكذا منع أجير الغير. و إذا كان كسوباً و استعمله في غير كسبه يضمن إعلاهما.

بل لايبعد ضمانه لكلا المنفعين؛ إحديهما بضمان التفويت و الأخرى بضمان الاستيفاء ولو أتلفها يضمنها بضمان الاتلاف. فلاحظ.

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص٣٩.
٢. *المصدر*، ص٤٠.
٣. *المصدر*، ص٤١.
٤. *المصدر*، ص٤٠.
٥. *منهاج الصالحين*، ج٢، ص٢٢٧.

وفي *المكاسب*: و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان.

و قبله السيد الخوئيؒ في منافع العين المغضوبة دون منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد، فلاحظ أدلة المشهور و جواباتهؒ في تقريرات درسه.[١]

و الأرجح هو التفصيل في الحكم بالضمان بين صدق التفويت وعدمه في المغصوب[٢] والمقبوض بالعقد الفاسد، والظاهر ان مراد السيد الاستاذ الخوئي أيضاً هو خصوص فرض المفوتة في المغصوبة كما يظهر من بعض كلماته.[٣]

## فروع

١. المغصوب منه، قد يكون شخصاً و قد يكون نوعاً كما في غصب مال تعين خمساً أو زكاة قبل أن يدفع إلى مستحق و غصب رباط المسافرين و مدرسة المتعلمين، وقد يكون جهة كغصب الأعيان و الحقوق العائدة إلى المساجد و المدارس و الحسينيات و الكعبة و نحوها. فلابد من الرد في الأول عيناً أو قيمة أو مثلاً في فرض الاتلاف على مالكها أو وليه أو وكيله.

و في الثاني إلي الولي العام أو المستحقن، وفي الثالث إلى الجهة أو المتولي و إذا عابت العين يجب أداء أرشه.

٢. يحرم غصب مال الغير و يجب رده إلى مالكه، و ان كان مستوفى أو مفوتاً يضمنه الغاصب كما مر. و يحرم غصب الحقوق، و يضمن بعضها كحق التحجير و لايضمن بعضها كحق اختصاص المسجد و شبهه كما لايضمن في حق الرهانة.

٣. قالوا لايضمن الحر بالغصب ولو كان صغيراً لاعيناً و لا منفعة، و قيل يضمنه الغاصب إذا كان صغيراً (أو مجنوناً) و تلف بسبب كلدغ الحية و العقرب و وقوع الحائط. و عليه جمع.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٢٩٣ ـ ٣٠٢.

٢. ليس للغصب حقيقة شرعية قطعاً كما في *الجواهر*. وهو عبارة عن الاستيلاء العدواني الموجب للضمان.

٣. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٣٠٠.

أقول: إذا تلف الإنسان المغصوب صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً مستنداً إلى اهمال الغاصب فهو ضامن من ضمان السبب كالمباشر، و منافعه المفوتة قد عرفت ضمانها على المفوت.

٤. المسؤول الحكومي إذا حبس أحداً على خلاف الحكم الشرعي يضمن منافع المحبوس المفوتة.

٥. لو منع مانع غيره من إمساك دابته المرسلة، فتلفت لم‌يضمن - ضامن اليد - و كذا لو منعه من القعود على بساطه أو من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه كما عن جمع، بل هو المنقول عن المشهور[1] لعدم دليل عليه، ما لم‌يصدق عليه الاتلاف أو التفويت أو التسبيب من قبل المانع.

٦. قيل بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفاتها، وقيل بعدم ضمانه قطعاً، لان الفائت ليس بمال، بل اكتساب مال. و رد بشمول نفي الضرر للفرضين.[2]

و قال صاحب الجواهر رحمه الله: لاينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية، لعدم تفويت مال عليه بمباشرة أو تسبيب. ومن هنا لم‌تضمن منافع الحر إجماعاً.

أقول: عرفت ضمانها علي المفوت، و اما نفي الضرر فهو غير جار في المقام خلافاً للشهيد الثاني و صاحب الجواهر و غيرهما، اما اولا فلانه امتناني لايجري فيما إذا تضرر به فرد آخر، واما ثانياً فلانه لنفي الحكم الضرري لا لاثبات حكم عند علماء العصر، وثالثاً انه لايثبت حكماً يترتب الضرر على عدمه. كما ذكره السيد الأستاذ الخوئي.[3]

و على كل لابد من التأمل في ضمان نقص القيمة السوقية و يشكل نفيه في فرض التسبيب. و الله العالم.

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص ١٤.

٢. *المصدر*، ص ١٥.

٣. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص ٢٥٦.

٧. في الجواهر:[١] لا خلاف و لا إشكال في أنّ غصب الامة الحامل مثلاً غصب لحملها لثبوت يده بل استقلاله و استيلائه عليهما، فيضمنهما معا ولو لضمان تفاوت قيمتها حاملاً و حائلا لو اسقطت، و ان تلفت و تلف بعد الوضع، ففي المسالك الزم بأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملاً ان اعتبرنا الأكثر، و الا فقيمته يوم التلف[٢] و عن العلامة و المحقق‌ في *الشرائع*: انه كذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد، لعموم على اليد.

و عن جمع عدم الضمان لعدم كون الحمل بيعاً حتى يضمن بقاعدة ما يضمن بصحيحه (يضمن بفاسده) فهو حينئذ أمانة في يد المشتري.

و ردّه في *الجواهر*[٣] بانه مع فرض عدم إذن من المالك إلّا الإذن البيعية التي فرض عدمها يتبين الفساد، فيتجه الضمان حينئذ لعدم الإذن، و الأصل الضمان.

قلت: عرفت ضعف إصالة الضمان بعد عدم حجية النبوي المرسل (على اليد...) فالأصل هو البراءة من الضمان!

وبالجملة هنا أمران:

أولهما: انّ مطلق الاستيلاء على مال الغير لايوجب الضمان بل الاستيلاء العدواني كما مر تفصيله في ذيل القسم السادس من أقسام الضمان. لكنه خلاف المشهور ظاهراً.

ثانيهما: بيان الضابطة في انّ كل أقسام التلف القهري مضمون، أو بعضها غير مضمون؟

والعمدة في إثبات الضمان باليد عند السيد الأستاذ الخوئي‌ قيام السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشارع، على ان التسلط على مال الغير - تسلطاً غيرمجاني، موجب للضمان.[٤]

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص٣٠.

٢. سيأتي بحثه إن شاء الله في صحيح ابن‌ولاد.

٣. ج٢٧، ص٣١.

٤. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٥٨.

أقول: لايبعد دعوى انّ القدر المتيقن من هذه السيرة هو بعض أقسام الاستيلاء لا كل تسلط غير مجاني كما تقدم تفصيله.

و يمكن أيضا أن يقال بأنّ شمولها لضمان المنافع الفائتة غيرمعلوم و المتيقن هو المنافع المفوتة و المستندة إلى السببية. إلا أن يقال انّه في حكم إلغاء ضمان الاستيلاء و اليد بالمرة فان المفوتة تضمن بضمان التفويت ولو مع عدم تحقق الاستيلاء ويشكل جداً الالتزام به، فلابد من القول بضمان المغصوب ومنافعه الفائتة ولو من باب الاحتياط لأجل السيرة فتأمل.

٨. لو استأجر الحر العمل في زمان معين، فاعتقله و لم‌يستعمله فيه، استقرت الأجرة عليه، قولاً واحداً كما قيل. و استدل له بعد الاجماع أو عدم الخلاف فيه، بان بعد اقتضاء عقد الاجارة ملك الثمن وعدم الاستيفاء، إنما كان لتقصير من المستأجر وقد فات الزمان، و الأصل عدم بطلانها، كما ان الأصل عدم قيام غير هذا الزمان الذي هو متعلق العقد مقامه (لا بد من الالتزام به)[١] و ربما يلحق به ما لم‌يكن للعمل المستأجر به وقت معين، لكن ارتفع موضوعه، كما إذا استأجر أحداً لعلاجه و بذل هو نفسه للعمل، و إنّما أخّر المستأجر عمله حتى برأ مرضه، فهو كالأجير الخاص.

٩. لو استأجر على عمل فاعتقله مدة يمكن فيها استيفاء العمل و لم‌يستوفه و بذل الأجير نفسه للعمل كذلك و لم‌يستوفه عنه، ففي استقرار الأجرة بحث توقف فيه جمع، و افتي في *الشرائع* بعدم استقرار الأجرة، و تبعه جمع آخر، فان منافع الحر تضمن بالاستيفاء لا بالفوت، فمنفعته في المدة المزبورة غيرمضمونة على الحابس و ان بذلها المحبوس له، فالعمل باق على استحقاقه عليه بالعقد... و لا دليل على الاكتفاء عن تسليمه بالحبس في المدة المزبورة و لا بالبذل فيها.

و لا كذلك لو استأجر دابته فحبسها بقدر الانتفاع أو بذلت له كذلك فتسلمها و لم‌يستوف، لأنّ منفعته مضمونة عليه، فتقوم مقام المنفعة المستحقة له بعقد الاجارة

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص٤١.

ولو بالتهاتر القهري، باعتبار كونه مستحقاً عليه من منفعة الدابة المزبورة، لانها مضمونة في يده مقدار ما هو مستحق له، و هو أقرب من أجرة المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعة، لو لم‌يكن له مقدار ما فات في يده مما هو مضمون عليه.[1]

قلت: في فرض صدق التفويت لا فرق – على الأظهر – بين منافع الحر و الدابة فانه سبب مستقل للضمان مطلقاً عند العقلاء. و اما في الفوت فيمكن الفرق في الضمان فنقول بضمان المنافع الفائتة بضمان اليد و الاستيلاء و لو من جهة فتوى الفقهاء و لانقول به. بضمان منافع الحر الفائتة، لعدم دليل عليه. و لأصل المقام تتمة مذكورة في الجواهر.

١٠. لو دخل الدار و سكنها مع مالكها، فان كان الداخل ضعيفاً لايقدر مقاومة المالك إذا قاومه فلايضمن الدار ضمان الغصب و اليد، بل يضمن ضمان الاستيفاء بأي مقدار كان.

و ان كان المالك ضعيفاً فالداخل ضامن بضمان الاستيلاء و الاستيفاء.

١١. لو أخذ بمقوذ الدابة فقاداها وكان المالك راكباً عليها، فإن كان في الضعف وعدم الاستقلال بمنزلة المحمول عليها. كان القائد غاصباً و يضمن ضمان اليد لتحقق الاستيلاء و ان كان المالك قوياً على مقاومته فلايضمن القائد بضمان اليد، و انما يضمن ضمان الاتلاف لو اتلف.[2]

---

١. *المصدر*، ص٤٢.

٢. في *الشرائع و الجواهر* (ج٣٧، ص٢٨ _٢٩): (ولو مدّ بمقود دابة فقادها) بقصد الاستيلاء عليها .أو ساقها كذلك (ضمن) و إن كان مالكها حاضراً لكن غيرمثبت يده عليها، لانه حينئذ غاصب بمعنى مستقل باثبات يده و مستولٍ و محتو و آخذ (و لايضمن لو كان صاحبها راكباً لها) كما في محكي المبسوط و مرادهما ظاهراً كونه مع ذلك قادراً على منع الغاصب كما في *القواعد* و *جامع المقاصد* و *المسالك* وغيرها لعدم صدق الاستيلاء فضلاً عن الاستقلال و الاخذ. وناقش فيه صاحب *الجواهر* (ج٣٧، ص٢٩) وقال أيضاً: كما انه قد يشكل ما ذكروه من عدم الضمان لو كان المالك الراكب قادراً، بما تقدم لهم من ضمان النصف بدخول الساكن قهراً مع المالك... وربما فرق بان القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف و ربع، لانه أقوى يداً و أكثر تصرفاً و لذا يحكم التنازع له.

و ردّه صاحب *الجواهر* بأنه لايتم على القول بالتنصيف عند التداعي كما عن *الخلاف* و *السرائر* و ثاني

١٢. إذا قيل بأنّ المسجد ليس بمال أحد، فلايضمن الغاصب عيناً و منفعةً و إن كان عمله محرما و يجب تخليته. و اما إذا انهدم داره تحت يده فيمكن القول بالضمان لانها ليست تحريراً، بل ملك غير طلق للمسجد على قول.

و أما المدارس و الحسينيات و الرباط و غيرها من الموقوفات غيرالمحررة فتلفها على غاصبها و المتصرف فيها بغير حق، عينا و منفعة، بضمان الاستيلاء.

١٣. لاشيء للغاصب عن عمله الذي هو غيرمحترم بسبب عدم الإذن فيه، و إن زادت به القيمة، بل ان كان مما يمكن رده إلى الحالة الأولى و أراد المالك ردّه، وجب على الغاصب ذلك، و يضمن أرش النقص إن كان، و لايجوز رده من دون إذن المالك لانه تصرف في مال الغير.

## القسم الثالثعشر: الضمان بالتسبيب

الإتلاف الموجب للضمان على نحوين:

أحدهما الاتلاف المباشري، بلا خلاف و الا اشكال في سببيته للضمان، بين المسلمين ظاهراً، و الاجماع بقسميه عليه إن لميكن ضرورياً، سواء كان المتلف عيناً أو منفعة، و إن لميكن هناك غصب، أي استقلال يد على ما اتلف، فلاحظ *الشرائع* و *الجواهر*.[1]

ثانيهما الاتلاف التسبيبي، و هو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير الملك وكطرح المعاثر في *المسالك*، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر في أصل ←

المحققين والشهيدين، بل عن ثاني الشهيدين التصريح في باب الديات، بان جنايتها بيدها على القائد و الراكب بالتنصيف، فيضمن أيضاً هنا باعتبار اثبات يده مع يد المالك كما لو ركبها معه، بل قد يقال بضمانه الكل... (*المصدر*، ص٣٠).

و على كل حال فلا خلاف و لا اشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها، و إن كان الراكب قوياً على الدفع (بل لايبعد ضمانه لمنفعتها) التي فاتت على المالك بقوده، وكذا لو ساق الدابة و كان لها جماح فشردت فوقعت في بئر ضمن. والله العالم. اقول: فلاحظ وتأمل فيه.

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص٥٧.

الضمان به. و اما الروايات المعتبرة سنداً، المتعلقة بالمقام دلالة فهي ما نتلوها عليك:

اوليها: صحيح محمدبن‌قيس عن الباقر عليه السلام قال: قضي أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة اطلعوا في زبيبة الأسد فخر أحدهم فاستمسك بالثاني و استمسك الثاني بالثالث و استمسك الثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضاً على الأسد، فقتلهم الأسد.

فقضي بالأول فريسة الأسد و غرّم أهله ثلث الدية لأهل الثاني وغرّم الثاني لأهل الثالث ثلثي الدية وغرّم الثالث لأهل الرابع الدية كاملة.[1]

أقول: مقتضى القاعدة تعلق الدية الكاملة لكل لاحق على سابقه، فتفصيل الصحيحة تعبدي محض في مقدار الدية في غير الاخير. و على كل الرواية دالة على الضمان بالتسبيب في الجملة في باب الديات.

ثانيتها: صحيح ابن‌سنان عن الصادق عليه السلام في رجل دفع رجلا على رجل فقتله. فقال: الدية علي الذي وقع على الرجل فقتله، لاولياء المقتول. قال: و يرجع المدفوع بالدية على الذي دفعه، قال: و ان أصاب المدفوع شيء فهو علي الدافع ايضاً.[2]

أقول: مقتضى القاعدة ظاهراً عدم ضمان المباشر المدفوع ولو ابتداءً لاستناد القتل إلى الدافع حقيقة، و لا فعل للمدفوع. فالحكم تعبدي لايتعدي مورده.

ثم الرواية تدل على ضمان المكره (بالفتح) بالاولوية و ان صحّ رجوعه إلى المكره (بالكسر) إلا ان صاحب الجواهر لم‌يجد خلافاً في عدم ضمان المكره (بالفتح) المال و ان باشر الاتلاف، و انّ الضمان على من أكرهه.[3]

و لكن قال بعد كلام (ص٥٩): ولكن مع ذلك - إن لم‌يكن اجماعاً - لايخلو من نظر، خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الاتلاف و ان رجع هو على المكره. بل قد يقال ان القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره و المغرور و ان اثم المكره والغار لاستقلال المباشر بالاتلاف و لكن ضمنا للدليل.

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٣٦، ب٣، من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات.

٢. *المصدر*، ص٢٣٨، ب ٥.

٣. *الجواهر*، ج٣٧، ص٥٧.

ثالثتها: صحيح الكناني عن الصادق عليه السلام: من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن[١] ظاهر الرواية الضمان المباشري دون السببي إلا أن يؤول بقرينة الرواية الخامسة الآتية. فتأمّل.

رابعتها: معتبرة سماعة قال: سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه؟ فقال: أمّا ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان. و أما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه.[٢]

و لايضر إضمارها باعتبارها، إذ في بعض طرقها المعتبرة تصريح بان المسؤل عنه هو أبوعبدالله عليه السلام و اطلاقها يشمل ما حضر المالك في أرضه بلاغرض، بل بغرض الاضرار بالغير، كما يشمل ما حفره الحافر في ملك غيره أو في الملك المشترك كالطريق بقصد نفعه أو بلا قصد او لمصلحة المارة او الناس وغير ذلك. فاذا تم هذا الاطلاق كان مدلول الرواية وتفصيلها أيضا تعبدياً. لكن لايبعد انصرافه عن قصد الاضرار و العلم به.

نعم يقيد اطلاقها في الجملة بمعتبرة أبيبصير فقد سأل أباجعفر أو أباعبدالله عليه السلام عن غلام دخل دار قوم يلعب فوقع في بئرهم هل يضمنون؟ قال: ليس يضمنون، فإن كانوا متهمين، ضمنوا[٣] قلت: ذيل الرواية تحتاج إلى مزيد تأمل. فان الاتهام يرجع إلى الإيقاع دون الحفر.

و حمله في *الوسائل* على وقوع القسامة[٤] جمعاً بينها و بين غيرها.

خامستها: معتبرة الحلبي سأل أباعبدالله عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه[٥] و رواه المشائخ الثلاثة بأسانيد معتبرة.

---

١. *الوسائل*، ص٢٤١، ح٣٩، ب٨.
٢. *المصدر*، ص٢٤٢ و لاحظ *جامع الاحاديث*، ج٣١، ص٣٥٧ ـ ٣٥٨.
٣. *جامع الأحاديث*، ج٣١، ص ٣٥٦، ب١، من أبواب ما يوجب الضمان.
٤. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٥٥.
٥. *المصدر*، ص٢٤٣.

و نقل عن الشيخ و الفاضل و ثاني الشهيدين و الاردبيلي عدم الضمان، إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر للبالوعة و الاستقاء و نحو ذلك و استحسنه المصنف. و تردد أو ناقشه صاحب الجواهر.[١]

و هذا لنقل متوجه على اطلاق الرابعة أكثر من اطلاق هذه (الخامسة).

نعم لو دار الأمر بين الاضرار بالطريق و مصلحة الناس بل مصلحة المارة و قدم الأول على الاخيرين شخص أو جهة كالبلدية توجه إليه الضمان بمقتضى هذه الرواية والله العالم.

سادستها: صحيح محمدبن‌مسلم عن الصادق عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان هذا وآخر معه شهد عليه.[٢]

وفي رواية الصدوق: و ان كان شهد هو وآخر معه أدى النصف.[٣]

سابعتها: صحيح أبي‌بصير عن الصادق عليه السلام في أمرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، قال: لها المهر بما استحل من فرجها الأخير و يضرب الشاهدان الحد و يضمنان المهر لها عن (بما غرّا) الرجل ثم تعتد وترجع إلى زوجها الأول.[٤]

ثامنتها: صحيح جميل عنه عليه السلام في شاهد الزور: إذا كان الشيء قائماً بعينه رُدّ على صاحبه و إن لم‌يكن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل.[٥]

تاسعتها: صحيح محمدبن‌مسلم عن أبي‌جعفر عليه السلام في رجلين شهدا على غائب عن (عند) امرأته انه طلقها فاعتدّت المرأة و تزوجت. ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم انه

---

١. ج٣٧، ص٥٣.

٢. *الوسائل*، ج٢٧، ص٣٢٧.

٣. *المصدر*.

٤. *المصدر*، ج٢٧، ص ٣٣٠، باب ١٣.

٥. *المصدر*، ص٣٢٧ و ٣٢٨.

لم‌يطلقها، و أكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها، و يؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد علي الأخير... .[١]

عاشرتها: معتبرة محمّدبن‌قيس عنه عن أميرالمؤمنين‌ عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بانه سرق فقطع يده، حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق و ليس الذي قطعت يده[٢] إنّما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما إن غرمهما نصف الدية و لم‌يجز شهادتهما علي الآخر.[٣]

و يؤيدها الروايات غيرالمعتبرة في بعض الأبواب الآخر من كتاب الشهادة من *الوسائل*.

و في *الجواهر*:[٤] و منها ما دل على رجوع المغرور (باب ٨٨) من أبواب نكاح العبيد و الإماء و (باب ٢) من أبواب العيوب و التدليس و (باب٧) منها من كتاب النكاح ومنها ما دل على تسبيب الإكراه. فبعد التجريد و الجمع بين الروايات يستفاد منها قاعدة التسبيب في الجملة و الله الهادي.

## الانظار حول تعريف السبب

١. كل فعل يحصل التلف بسببه... قاله المحقق في كتاب الغصب وقد سبق قريباً.

٢. ما لولاه لما حصل التلف عنده، لكن علة التلف غيره كحفر البئر ونصب السكين و القاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار. كما قاله في ديات الشرائع.

٣. السبب ايجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر و فاتح رؤس الظرف و المكره على الاتلاف. و المباشرة هي ايجاد علة التلف كالقتل و الاحراق. كما عن غصب القواعد.

---

١. *جامع الاحاديث*، ج٣١، ص٣٣٢.

٢. الرواية تدل علي نفي علم الإمام بالموضوعات وعدم تسدده بالروح المؤيد دائماً.

٣. *الوسائل*، ج٢٧، ص٣٣٢.

٤. *الجواهر*، ج٣٧، ص٤٧.

و استدركه في *جامع المقاصد*: و قول المصنف إذا كان السبب ما بقصد لتوقع تلك العلة غيرمحتاج إليه، بل هو مضر، إذ حفر البئر قد لايقصد به الحافر بـه توقـع العلـة الموجبة للتلف، و لا قصدها أكثري مع الضمان قطعاً للسببية... كأنه اراد بقصده كـون شأنه ذلك. و كان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخـرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه أكثرياً.

٤. اقسام المزهق ـ كما في قصـاص القواعـد ـ ثلاثـة: شـرط و علـة و سـبب، فالشرط ما يقف عليه تأثير المؤثر و لا مدخل له في العلية كحفر البئـر بالنسـبة إلـى الوقوع، إذ الوقوع مستند إلى علته، و هي التخطي و لايجب به قصاص.

و أما السبب فهو ماله أثر ما في التوليد كما للعلة و لكنه يشبه الشرط من وجـه و مراتبه ثلاثة: الاكراه... شهادة الزور... ونحو تقديم الطعام المسموم إلى الضيف... .

٥. السبب ـ كما في ـ ديات القواعد هو كل ما يحصل التلف عنده بعلـة غيـر الا انه لولاه لما حصل من العلّه تأثير كالحفر مع التردي.

٦. قال في *الايضاح* في وجه التردد في ضمان الولد بموته جوعاً لو حبس الشاة أو حبس المالك عن حراسة ماشيته، فاتفق تلفها أو غصب دابة فتبعها ولـدها: ينشـأ فـي الأول من انه مات بسببه لصحة إسناده إليه عرفاً. و لان السبب هـو فعـل مـا يحصـل الهلاك عنده لعلة سواه، و هذا تفسير بعض الفقهاء و زاد آخرون و لولاه لما أثرت العلة. و هذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، و لانه يمكن اعتياضه بغيره فهـو أعـم، فليس بسبب و لا يد له عليه و لا مباشرة و لا ضمان. و هذا منشأ النظر في الباقين.

و أيضاً ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك لا في المال فمن حيث انه سـبب عرفاً. و اما في الثالث فمن حيث انه سبب لحدوث. ميل يشبه القسري لوجـود ميـل الولد إلى أمّه طبعاً، فهو سبب، و من الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان، و الأصل البراءة. نقل عن الجواهر.[1]

---

١. ج٣٧، ص٤٩.

٧. و عن *غاية المراد* في بيان الوجه في سببية دلالة السارق: أن السبب على ما فسره الفقهاء هو ايجاد ملزوم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة، و منهم من يفسره بانه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعلة غيره فهو أعم من الأول لامكان سبب آخر بدل منه.

٨. و عن *المسالك*: ان ما له مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة اضافة حقيقية له أو لايكون كذلك. و ما لايكون كذلك اما أن تكون من شأنه القصد به ما يضاف اليه الهلاك أو لايكون كذلك وما يضاف إليه الهلاك يسمى علة و الاتيان به مباشرة. و ما لايضاف إليه الهلاك و لكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه، سمى سبباً و الاتيان به تسبيباً... .

و قال فيه أيضاً: و اعلم أيضاً انّ تمثيل المصنف السبب بحفر البئر في غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان، فانّ حفره و إن كان في ملك الحافر يكون سبباً في الهلاك، لكنه غيرمضمون، فالسبب المعرّف سبب خاص، و هو الموجب للضمان، و إن كان التعريف صادقاً على ما هو أعم.

٩. يقول صاحب الجواهر[1] في مقام الاعتراض و النقاش: بان لفظ السبب لم‌يرد في النصوص عنواناً للحكم و الأصل البراءة فيما لايضاف إليه الاتلاف حقيقة و لايندرج في الامثال المزبورة، بل مع الشك فيه كذلك أيضا.

و دعوى ان المحصل من كلماتهم الضمان بمفهوم السبب الذي قد عرفت الخلاف في تعريفه على وجه بنوا الضمان وعدمه في بعض الفروع عليه، واضحة الفساد ضرورة كون الثابت خصوص بعض المصاديق التي لاينتقل منها إلى جعل عنوان الحكم مفهوم السبب[2] الذي ذكروه خصوصاً بعد العلم بأن ما سمعته من التعريف له من الأمور الاصطلاحية، لا انه مفهوم عرفي. بل السبب المذكور هنا غيرموافق لمعنى السبب بمعنى العلة التامة و لا السبب الاصطلاحي الذي هو ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته، بل ليس هو إلّا من الشرائط.

---

١. ج٣٧، ص٥٠.

٢. هذه الدعوي بالنسبة إلي كلماتهم غير بعيدة. واما قصور الروايات عنها فهو شيء آخر.

فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبورة و غيرها مما صرح فيها بالضمان به، والتعدية منه إلى مشابهة في ذلك بالاجماع أو بفهم عرفي ينتقل منه إلى كون المذكور مثالاً لما كان من سنخه (ص٥١).

## فروع

١. إذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشر في الضمان على ذيالسبب كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها إنساناً فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع، بلا خلاف كما قيل. بل أرسلوه إرسال المسلمات في هذا المقام و في الديات و القصاص، إذ الفعل بسند إلى القريب دون البعيد بنظر العرف.

و في الجواهر:[1] بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشر في مباشرته، كقتله بالسيف والدفع في البئر و القائه على السكين المنصوب و اغراقه في الماء الذي وضعه الغير و هكذا... و مناقشة بعضهم في ذلك و احتمال ضمان المباشر و السبب معا ضعيف.

٢. إذا اجتمع السببان (لا المسبب والمباشر) بأن يحفر واحد بئراً و يضع الآخر عنده حجراً فيعثر به إنسان فيقع في البئر، فعن المسالك تبعاً للتذكرة: إن اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح و إن تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله بالضمان اولاً، فكان اولي و هو سبب السبب فيجب وجود المسبب عنده.

و أورد عليه في الجواهر[2] بان كلامهما لايخلو من خفاء. و الذي ذكره غيرهما انه يقدم الأول في الجنابة و إن تأخر حدوثه عن الآخر. و ربما احتمل ترجيح الاقوى كما لو نصب سكيناً في البئر المذكور. و قد يحتمل قوياً تساوي السببين لاشتراكهما في التلف

---

١. ج٣٧، ص ٥٤ ـ ٥٥.

٢. *المصدر*، ص ٥٦.

الحاصل خارجاً و انه لولا الحجر لم‌يحصل التردي في البئر، كما انه لولا البئر لايؤثر العثور بالحجر تلفاً. (واختاره السيد المعاصر السيستاني).[١]

بل لو فرض كون كل من السببين متلفاً لو استقل إلّا إنّهما اشتركا في ما تحقق في الخارج من التلف، يتجه فيه الاشتراك في الضمان.

أقول: لا بعد في اشتراكهما في الفرض الأخير على نحو التساوي و كذا لو لم‌يكن كل منهما مستقلاً لكن كانا متساويين في التأثير.

و اما إذا كانا مختلفين في التأثير ضعفاً و قوة فيمكن القول باشتراكهما حسب درجة التأثير إن احرزت و الا فالتصالح في المشكوك.

و يحتمل اختلاف الحكم باختلاف المقامات بحسب الاستقلال في الاتلاف وعدمه وبحسب تقدّم الحدوث وتأخره وبحسب الاول في التأثير وآخره إذا اختلفت نسب التلف إلى الاسباب عرفاً من دون بيان ضابطة واحدة و الله العالم.

و قال بعض من عاصرناه: واما إذا تعدد السبب، سواء كانا اثنين أو أكثر، فإما يكونان وجدا في عرض واحد و إما مترتبان في الوجود.

أما الأول فهما أوكلهم ان كانوا أكثر من اثنين يشتركون في الضمان و ذلك كما انه لو حفر جماعة بئراً في الطريق فوقع فيها دابة، لان اختصاص بعضهم بالضمان دون بعض ترجيح بلا مرجح.

و أما الثاني... فحوالة الضمان على أولهما وجوداً، و ذلك لأنّ مع وجود أولهما تحقق ما هو سبب الضمان و لايرفع حكمه ـ أي كونه سبباً للضمان ـ الا بتوسيط فعل فاعل مختار بينه و بين التلف. و المفروض انه ليس في المقام (أي انه غير محقق)... فلو حفر أحدهما بئراً... فوضع بعد ذلك شخص آخر حجراً في حافة تلك البئر فعثرت دابة بواسطة ذلك الحجر فالضمان علي الحافر.[٢]

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص٢٤٨.

٢. *القواعد الفقهية*، ج ٢، ص٣٨ و ٣٩.

٣. إذا فرض ضعف المباشر و قوة السبب، فالضمان على ذوالسبب فقط كما غير واحد و عن بعضهم الاقتصار على استثناء الغرور و الاكراه.

و في *الجواهر* حمله علي المثال، ضرورة ضعف الريح و الشمس و النار و السبع و غيرها مما لا عقل له و لا اختيار.[1]

٤. من قدّم الطعام إلى الجاهل، فان الضمان ليستقر على الآمر. و في *الجواهر*: بل لو لم‌يكن منه امر، بل مجرد تقديمه له ضيافة. و ان قال في *التذكرة*: من قال كله و لم‌يقل انه ملكي و لا طعام فلان غصبته، بل اطلق، فوجهان أقواهما الضمان، لانه غرة أيضاً، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً، لانه و ان كان قد سلطه عليه، إلّا انه باعتقاده انه ملك الغير وانه مسلط على اتلافه بغير عوض، ولذلك ضعفت مباشرته بالغرور. و ما اشتهر من ان قرار الضمان على من تلف في يده المال إنما هو في غير الفرض.

أقول: لو فرض اقدام المالك المغرور على الاكل مثلاً على كل حال يشكل ضمان السبب.

٥. في *الشرائع*: و لايضمن المكره المال و ان باشر الإتلاف، و الضمان على من أكرهه لان المباشرة ضعفت مع الاكراه. فكان ذوالسبب أقوي. و في *الجواهر*: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك. نعم قد تقدم في كتاب الطلاق[2] تفصيل ما يتحقق به الاكراه. وفي *المسالك*: ربما قيل باشتراط زيادة خوف ضرر لايمكن تحمله. و الأشهر الأول. قلت: و لعله لصدق الاكراه الذي هو عنوان الحكم نصاً[3] و فتوى و ان كان الضرر يسيراً... (وقال): ثم ان ظاهر الأصحاب في المقام عدم رجوع المالك على المكره بخلاف الجاهل المغرور، فان له الرجوع عليه و إن رجع هو على الغار و لعله لعدم صدق (اخذت) الظاهر في الاختيارية عليه بخلاف المغرور.

---

١. ج ٣٧، ص ٥٦.

٢. ج ٣٢، ص ١١ ـ ١٤.

٣. *الوسائل*، ج ١٥، ص ٣٦٩ و هو حديث رفع التسعة، ب ٥٦، من ابواب جهاد النفس.

مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور في ضمانه و ان رجع هو، وحينئذ يكون المراد من قولهم «الضمان علي المباشر الا مع قوة ذي السبب» انه يستقل السبب بالضمان مع قوته و لايشاركه المباشر الا في الغرور، كما انه يستقل المباشر بالضمان و لايشاركه السبب.[١]

أقول: ظهور كلمة أخذت في الاختيارية ممنوع و لعله لايلتزم به صاحب الجواهر على انه مر ضعف الخبر سنداً و على انّ الضمان في الاكراه ليس من ضمان اليد دائماً بل قد يكون من ضمان الاتلاف و قد يكون من ضمان التفويت. ثم ان صحيح ابن‌سنان المتقدم برقم الثانية في ضمن اخبار السبب ينافي نفي ضمان المكره فان المدفوع أعجز من المكره لافعل له ولا ارادة[٢] إلا أن يترك العمل به من جهة انه خلاف القاعدة.

و قد يقال أن القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره و المغرور و ان اثم المكره و الغار لاستقلال المباشر بالاتلاف، و لكن ضمنا للدليل لا لقوة السبب على المباشر، المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس.

أقول: و فيه تأمل. ربما يقال بشمول قوله: الغصب كله مردود للمكرَه و المغرور، لكن الرواية ضعيفة سنداً.[٣]

و لذا قال في *الجواهر*: إن لم‌يكن اجماعاً لايخلو عدم ضمان المكرَه من نظر خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الاتلاف و ان رجع هو على المكره.

و فيه أيضاً: بل ينبغي الجزم به (أي بضمان المكره والمغرور) فيما لو كان مغصوب في يده قبل الإكراه، فأكره على إتلافه، بل هو كذلك في كل مضمون بيده ثم أكره

---

١. ج٣٧، ص٥٧.

٢. و لاجله يمكن أن يقدر فيما اكره عليه (في حديث الرفع) العقاب كما في ما لايعلمون. أو يقال ان المرفوع هو الضمان المستقر دون الابتدائي فلاحظ.

٣. *الوسائل*، ب١ من ابواب الانفال، ح ٤.

على إتلافه، لان رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق.[١]

أقول: ما ذكره متين لكنه كما صرح به، هو ضمان ابتدائي جاز رجوعه على المكره إمّا لأجل حديث الرفع و امّا لقوة ذيالسبب من المباشر عرفاً.

و الأرجح هو نظر المشهور و رفع الضمان الابتدائي بحديث رفع التسعة عن المكره ـ بالفتح ـ وتعلقه بالمكره ـ بالكسر ـ والله أعلم.

٦. الإكراه على اتلاف النفس لايوجب سقوط الضمان عن المكره، و في الجرح إشكال للتردد في شموله قوله: فإذا بلغ الدم فليس تقية[٢] له.[٣]

أقول: و كأن سيدنا الاستاذ الخوئي يزعم في درسه اختصاص الحديث بباب التقية و عدم شموله للاكراه، و له ثمرة مهمة، إذ يتخير المكره ـ بالفتح ـ بالقتل حينئذ بين القتل و تركه حتى يقتل بيد المكره عند فقد المرجح. إلّا أن يقال أن باب التقية أوسع، فإذا لمتشرع في القتل فليكن في الإكراه كذلك، على أن التقية نوع من الإكراه غالباً، و المقام بعد يحتاج إلى تأمل.

٧. لو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره أو أججّ ناراً فيه فأحرق، ففيه صور وتفاصيل و أقوال:

انّ اغراق مال الغير أو أحراقه إمّا فعل مباشرة باعتبار كونه من توليد فعله، و إما تسبيبي. أمّا الأول ففي الجواهر:[٤] و التحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوليد ـ إن لميكن اجماع على خلافه ـ من غير فرق بين التجاوز في الحاجة و عدمه و بين العلم أو الظن بالتعدي و عدمه.

قلت: حاصل كلامه، ان قاعدة من أتلف لا مخصص أولا مقيد لها في المقام. وهو المعتمد.

---

١. ج٣٧، ص٥٨.

٢. *الوسائل*، ب٣١، من ابواب الأمر والنهي، ح١.

٣. *الجواهر*، ج٣٧، ص٥٨.

٤. ج٣٧، ص٦١.

و في الثاني (فرض الفعل السببي) فإن كان التصرف (إرسال الماء و تأجيج النــار) بمقدار الحاجة ومن دون علم أو غلبة ظن بان ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار، لكن اتفق الإضرار بحدوث العاصفة بغتة أو بغير ذلك، فالأرجح عدم الضمان لإصالة عدمه بعد عدم دخول الفرض في أخبار الضمان المتقدمة. بل يمكن إلحاقه بحفر البئــر فــي ملكه و ان ذكره من باب المثال.

و يمكن أن يلحق به فرض التجاوز مقدار الحاجة مع عدم العلم العادي بالإضــرار بالغير أو مع عدم الاحتمال الراجح العقلائي له، لعين ما تقدم و لعــدم استفصــال فــي موثقة سماعة في حفر البئر في ملكه.

و قال بعض المعاصرين:[1] بالضمان إذا كان من شأن النار أو الماء السراية و عــدم الضمان إذا لم‌يكن من شأنهما السراية فاتفقت لعصف الرياح بغتة.

و أما إذا اطمئن بالإضرار بالغير فلايبعد الضمان سواء تجاوز قــدر الحاجــة أم لا، لقوة ذي‌السبب على المباشر و صدق الاتلاف و انصراف موثقة سماعة ظاهراً عن هذا الفرض.

لايقال: مرجع هذا الكلام إلى مدخلية العلم في صدق الاتلاف وعدم صــدقه فــي فرض جهل ذي‌السبب، و هو ضعيف لصدقه في الصورتين عرفاً.

فانه يقال: بل مرجعه إلى انصراف الموثقة عن شمول فرض العلم بالاضرار بالغير، بل و كذا انصرافه عن فرض قصد الإضرار بالغير.

ففي فرض عدم العلم و عدم تعدد الاضرار ينفي الضــمان بالموثقــة وفــي صــورة العلم أو القصد يرجع إلى عموم أو اطلاق قاعدة من تلف.

والنتيجة انه لايؤثر في الحكم تجــاوز قــدر الحاجــة و عدمــه. هــذا و لكــن فــي *الجواهر*[2] لا اشكال في الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة و العلم و الظن بالتعــدي،

---

۱. *منهاج الصالحين*، ج ۲، ص ۲٤۷.
۲. ج ۳۷، ص ٦۰.

بل في *المسالك*: لا شبهة في الضمان لتحقق التفريط المقتضي له مع وجود السببية الموجبة للضمان.

وفي *الكفاية* أنه مقطوع به في كلامهم، ولا أعرف فيه خلافاً. بل منه يعلم أيضاً قوة القول بالضمان مع انتفاء أحد الأمرين (كما عن جمع).

فترى ذيل الكلام صريحاً في خلاف ما استظهرنا، وصدره الحق الظن بالعلم في ايجاب الضمان.

واعلم ان المالك ربما يعلم بإضرار فعله في ملكه، لكن بتركه يتضرر هو، وهو بحث تزاحم الضررين وقد تعرضنا له في كتابنا «الارض في الفقه» و الله المؤيد.

٨. لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً أو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها أو غصب دابة فتبعها الولد ففي ضمان ذيالسبب اختلاف و توقف جمع عن الحكم.[1]

و مقتضى القاعدة انه إن استند تلفها إلى فعل الفاعل و أنه لولا الغصب لـمیمت الولد جوعاً، و كذا في المثال الثاني، الضمان. و أما في المثال الثالث ففي الضمان تردد لعدم انطباق الاتلاف السببي عليه بشكل ظاهر فلعل الراجع إلى اصالة البراءة غير مدفوع بشيء.

٩. في *الشرائع*: لو فك القيد من الدابة فشردت أو عن العبد المجنون فأبق، ضمن لانه فعل يقصد به الاتلاف. أقول: بل هو فعل يصدق عليه الاتلاف.

و كذا لو فتح قفساً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث. و في *الجواهر*:[2] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك.

و هل يضمن لو أفسد الطائر بخروجه كما عن غير واحد، بدليل أن فعل الطائر منسوب إليه و في *الجواهر*: و ان كان لايخلو عن نظر خصوصاً مثل اتلاف الدابة بعد

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص ٦٤.

٢. *المصدر*، ص ٦٦.

الفك في بعض الأحوال، ضرورة إمكان منع السببية الشرعية. قلت: و هو لايخلو عن وجه ثم قال في *الشرائع*: و لا كذلك الحكم لو فتح باباً على مال فسرق أو ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق، لان التلف بالمباشرة لا بالسبب. و في *الجواهر* و لعله لا خلاف فيهما نعم قيد بعضهم العبد بغير الآبق.

لكن المقام لايخلو عن إشكال من جهة تقديم المباشر على السبب. و من جهة ما ذكره العلامة[١] و عن الشيخ ضمان العبد المحبوس إذا فتح الباب عليه فذهب و قال السيد السيستاني بضمان فاتح القفس اذا استند التلف اليه عرفاً.[٢]

١٠. لو دل السارق فسرق فقيل بضمان الدال و قيل بعدم ضمانه، فان المباشر أقوى و يحمل الاول على فرض اقوائية الدالّ.

١١. لو القى حيواناً أو إنساناً ـ صغيراً أو مجنوناً أو عبداً أو حراً كاملاً ـ في مسبعة يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع، بل يقاد بشروطه. وعن الشيخ عدم الضمان لان الحر لايدخل تحت اليد. قلت لو سلم، فالضمان في المقام ضمان الاتلاف دون ضمان اليد.

و اما إذا أمكنه التحرز فاتفق الهلاك لأمر آخر فلا ضمان لعدم سبب له.

و كذا إذا ألقاه في طريق فاتفق قتله باقتراس أو لدغ، فلايضمن عند المشهور كما في *الجواهر*.[٣]

١٢. يضمن من ألقى المعاثر في ملك غيره ما يتضرر به المارة إذا لميكن المباشر أقوى كما إذا وطئها مع الالتفات. و إن تعيب بها الدابة يجب على الملقي أرشه كما في ضمان اليد.

١٣. لو وجدت دابة ميتة في البئر المحفورة عدواناً و لميعلم انها ماتت في الخارج ثم رميت به، أو بترديها به أو ألقاها مباشر عاقل. لايضمن الحافر للاصل و ان علم

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص٦٧.

٢. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص٢٤٨.

٣. *الجواهر*، ج٣٧، ص٦٣.

مدخليتها في التلف و لكن لم‌يعلم مباشرة غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها فقد يتوهم الحكم بضمان ذي‌السبب حينئذ لاصالة عدم مباشرة الغير.

و في *الجواهر*[١] لكن لايخفي عليك أنه من الأصول المثبتة بعد اعتبار ما عرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصة في الضمان، فلاحظ وتأمل.[٢]

١. *المصدر*، ص٦٨.

٢. ربما يتوهم أن مصطلح الحكومة و الأصل المثبت من إبداع الشيخ الانصاري‌ﷺ و هو اشتباه لذكرهما في كلام *الجواهر*.

# فصل في الحكم

١. يجب رد المغصوب ما دام باقياً اجماعاً منا. و أظنّه حكماً مقطوعاً في دين الإسلام، لكن في رد عينه إذا كان من الاشياء المتماثلة المصنوعة في عصرنا، نظر، إذ ليس في افرادها تفاوت جزئي في جهة من الجهات، فإذا فرضنا عدم رغبة خاصة لمالكه ككونه مال أبيه أو ولده مثلاً، فلا بعد في كفاية رد مثله لا سيما إذا كان أعلى من ماله، وليس للمالك إلزام الغاصب بردّ عينه إذا استلزم ضرراً أو مشقة عليه، و فهم العرف يساعد هذا القول، و لا بأس بمخالفة فتوى المشهور إذ لـم يشاهدوا هذه المصنوعات المتماثلة من كل جهة في زمانهم، و إن كان قولهم أحوط.

٢. لو تعسر على الغاصب الرد و اقتضى هدم بناء أو تخريب سفينة مثلاً، يجب رده على الغاصب ضرورة بقاء المغصوب على ملك مالكه. و أما إذا تصرف فيه سهواً أو بعقد فاسد و هو يعلم بفساده و كان نزعها وردها مستلزماً لضرر كثير فلايبعد كفاية أداء المثل و القيمة و انه بمنزلة التالف عرفاً، او انه بمنزلة متعذر الرد فيجب على المتصرف بدل للحيلولة زائداً على رد المنافع المفوتة و المستوفاة. ذلك لقاعدة لا ضرر و نفي العسر و الحرج لقاعدة العدل. و يجري هذا الكلام في مزج الحنطة بالشعير مثلاً بكمية كبيرة يشق تفكيكهما مشقة عظيمة كثيرة من باب الاشتباه والسهو لعين ما مر، نعم إذا كان بغصب وعناد لا بأس بوجوب التمييز عليه على الأحوط، و كلام الأصحاب أيضاً في فرض الغصب و الاستيلاء عدواناً فلاحظ في

*الجواهر*[١] فلايشمل فرض السهو و الاشتباه فيكفي بدل الحيلولة إن شاء الله و يحتمل الشركة أيضاً.

٣. لو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة و كانت في اللجة و خيف من النزع غرق حيوان محترم ـ آدمي أو غيره ـ أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب فعن *القواعد* و *التذكرة* و *جامع المقاصد* و *المسالك* و *الروضة* و ظاهر غيرها عدم وجوب النزع، بل في *مجمع البرهان* لا خلاف فيه جمعاً بين الحقين و لاحترام روح الحيوان سواء كان للغاصب و غيره.

و قال صاحب الجواهر[٢] بإمكان الزام الغاصب ومن بحكمه وهو العالم باذن فيها لوحاً مغصوباً، بذبح الحيوان مقدمة لإيصال مالِ الغير الواجب عليه فوراً، ولو كان المال للغاصب أو من بحكمه، فالظاهر وجوب النزع وفاقاً للفاضل و ولده و الشهيد و الكركي و اطلاق المصنف و غيره. بل في *المسالك* نسبته إلى صريح الأكثر، لان دفع المغصوب واجب فوراً و لايتم إلّا به، و الضرر هو الذي أدخله على نفسه بعدوانه الذي لايناسبه التخفيف.[٣]

وعن *المبسوط* و *التذكرة* و ظاهر *السرائر* عدم وجوب النزع، و يسهل الصبر إلى انتهاء السفينة إلى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة، إلى أن يتيسر الفصل و رد اللوح مع أرش النقص إن نقص، جمعاً بين الحقين بخلاف الساجة في البناء الذي لا أمد له ينتظر. ورده في *الجواهر* بانه مجرد اعتبار لايرجع إلى محصل.

أقول: و لايبعد اختيار هذا القول، لان اللوح إذا توقف على غرق سفينة أو أموال كثيرة و إن كانت للغاصب أو من بحكمه، فهو عند العقلاء من المتعذر فينتقل إلى بدل الحيلولة في لوح السفينة إلى انتهائها إلى الشط و في البناء دائماً.

نعم إذا احتاج المالك إلى ماله بحيث يتضرر بمثل ضرر الغاصب إن لم يرد إليه

---

١. ج ٣٧، ح ٧٥.

٢. *المصدر*، ص ٧٦ ـ ٧٧.

٣. *المصدر*، ص ٧٧.

ماله لا بأس بالقول بوجوب نزعه و رده إلى مالكه. والله اعلم. و بالغ صاحب الجواهر حيث يقول: بل لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب و لم‌يوقف على اللوح الا بفصل الكل، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدمة، لتطابق النص و الفتوى على الزام الغاصب هنا بالأشق على وجه يقدم على نفي الضرر و الحرج كما أومأ عليه السلام إليه بقوله: الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها[1] ضرورة اقتضائه رده على مالكه و ان استلزم خراب الدار اجمع.[2]

أقول: لا نص معتبر في المقام و التمسك برواية ضعيفة، و إن شئت فقل بجملة عربية لم‌يعلم قائلها للحكم بإضاعة الأموال الطائلة غريب بل عجيب. و نمنع عدم جريان قاعدة نفي الضرر في هذه المراتب العالية، و انما نقبله بمقدار يناسب غصبه لقاعدة العدل المحررة في كتابنا «*الا رض في الفقه*».

و أفرط من قال أن للمالك اخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال و إن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب و خصوصاً مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً.

أقول: أما في الفرض الأخير فلا بأس بالحكم و أمّا في الفرض الأول فإن كان ذلك في مقام الدفاع عن ماله فهو قابل للبحث و النقض و الإبرام و اما في غيرذلك كما إذا نزع المالك لوحة من سفينة الغاصب و يعلم ان فيه هلاكه فهو إفراط إذ لا شك في حرمة النزع فإن قتل نفس مؤمن أهم من المال. و لو فعل و قتل الغاصب جاز قصاص الفاعل.

٤. لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها على وجهه الأول لزم نزعها على الغاصب و غيره إيصالاً إلى مالكه، و في *الجواهر*:[3] و إن أفسد الثوب.

قلت: قد مر الكلام حوله في المسألة السابقة فانهما بملاك واحد.

---

١. *الوسائل*، ج ٢٥، باب ١ من كتاب الغصب.

٢. *الجواهر*، ج ٣٧، ص ٧٧ و ٧٨.

٣. *المصدر*، ص ٧٩.

و ان فرض تلفها بانتزاعها فهي بمنزلة التالف فيضمن المثل أو القيمة، و في *الجواهر*: لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده. أقول: فلايجب إخراجها من الثوب خلافاً لبعضهم، فيملكه الغاصب بعد رد القيمة أو المثل. و في *الجواهر*: ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة و ان كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغاً منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة... .[1]

٥. في محكي *المسالك*: إن خيط به - أى بالخيط الغصبي - جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره و المحترم إما آدمي أو غيرآدمي، فالآدمي إن خيف من نزعه تلفه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم من المرض و الشين لم‌ينزع، و على الغاصب قيمته.

ثم إن خاط جرح نفسه، فالضمان مستقر عليه، و إن خاط جرح غيره بإذن و هو عالم بالغصب قيل كان قرار الضمان عليه. و الأجود قراره على المباشر و أما غير الآدمي فعلى ضربين أحدهما غير المأكول و الحكم فيه كالآدمي لانه لاينتفع به مع ذبحه. و الثاني المأكول، فإن كان لغير لغاصب لم‌ينزع لحرمة روحه، و ان كان للغاصب فوجهان انه يذبح و يبرأ الخيط لامكان الجمع بين الحقين، و هو جائز الذبح. و أظهرهما و هو الذي يقتضيه اطلاق المصنف، المنع كما في غيرالمأكول لان للحيوان حرمة في نفسه و لهذا يؤمر بالانفاق عليه و يمنع من اتلافه بغير الذبح للاكل.

و لصاحب الجواهر[2] عليه اعتراضات يظهر حال بعضها مما سبق في المسألة السابقة و الله العالم.

٦. لو حدث في المغصوب عيب مستقر لا سراية له، ردّه مع الأرش، سواء كان بفعل الغاصب أو غيره. و في *الجواهر*: و سواء زال معه الاسم أو غيره بلا خلاف أجده بيننا بل الاجماع بقسميه عليه. بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب و ضمان ما

---

١. *المصدر*، ص ٨٠.

٢. *المصدر*، ص ٨١ - ٨٣.

فات منه المستفاد من العقل و الكتاب و السنة[١] و الاجماع، خلافاً للمحكي عن أبي‌حنيفة من انه إذا غيرالغاصب المغصوب تغيراً أزال به الاسم و المنفعة المقصودة منه كما إذا قطع الثوب أو طحن الحنطة مثلاً، ملكه وضمن القيمة للمالك.[٢]

قلت: لا دليل من العقل و لا آية من الكتاب ولا رواية معتبرة من السنة تدعم فتوى صاحب الجواهر، و ان كانت نسبته ثابتة إلى المشهور، وعليه فيمكن في بعض ما ازال اسمه ـ لا في كل مورد حتى في مثل الحنطة الطحينة ـ بحيث تغيرت بنظر العرف التسامحي حقيقة المغصوب و زالت منفعته كما إذا شقت الملحفة أو شق الثوب عشرة شقوق، فكل شق و إن كان مالاً ذامنفعة، لكنه ليس بثوب و لا بملحفة مثلاً و العقلاء يرون ضمان مثل المغصوب أو قيمته على الغاصب و يرون الشقوق ملكاً للغاصب. نعم لاأدري ضابطة في ذلك عاجلاً، فلا بد من النظر إلى اختلاف الموارد و خصوصياتها. و اما إذا لم‌يكن العيب مستقراً بل هو سار إلى الهلاك، فعن الشيخ في محكي مبسوطه انه يضمن لانه بشرفه على التلف صار كالمستهلك فيملكه الغاصب ويضمن مثله أو قيمته.

لكن قال المحقق في *الشرائع*:[٣] ولو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل، ثم كلما ازداد، دفع أرش الزيادة (حتى يهلك) كان حسناً. و في *الجواهر*: و إن فعل ذلك المالك عنادا لعدم كونه تالفا حقيقة؛ بل جزم به كل من تأخّر[٤] و الأظهر مختار الشيخ لقوة دليله.

ثم ان المحقق الثاني قيد عبارة *الشرائع* بعدم تمكن المالك من العلاج بسهولة، والا ففيه (أي الارش) تردد، و تبعه الشهيد الثاني في مسالكه لاستناد الفائت إلى تقصير

---

١. مراده‌ﷺ من السنة خبر على اليد. و خبر الغصب كله مردود و كلاهما ضعيفان سنداً و لاحظ ج٣٧، ص٣٣ من جواهره تعرف ضعف استدلاله بالكتاب والسنة.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص٨٢ و٨٣.

٣. ج٣٧، ص٣٨.

٤. *الجواهر*، ج٣٧، ص٨٣ و ٨٤.

المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنه لايكون مضموناً[١] و ناقش صاحب الجواهر و قال: ويمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفي الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك حتى مات. قال: لان السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح. نعم لو فصده الفصّاد مداوة لمرضه بأمر الطبيب فترك شدّه أو ترك كل منهما شدّة حتى نزف الدم، فمات فخيرة الكتاب والتحرير والارشاد و التلخيص، انه لا ضمان علي الفصاد.

و استشكل فيه الفاضل ومنع بعضهم من ضمان الزيادة بان الأرش الذي دفعه الغاصب انما هو أرش عيب سارٍ، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدّد بعده ومال إليه صاحب الجواهر.[٢]

٧. ولو كان المغصوب باقيا بحاله رده و لايضمن تفاوت القيمة السوقية، و في *الجواهر*: بلا خلاف أجده بيننا، وعن *المسالك* نسبته إلى أكثر أهل العلم، لأن الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب.

أقول: و هو متين لكن إذا لميكن للعين منفعة ذاتية و قيمة أصلية كالاسكناس و النقود الرائجة اليوم، فلايبعد أن يقال بضمان تفاوت القيمة السوقية في المغصوب و القرض و المهر و غير ذلك. نعم إذا ثبت اعتباره بالنسبة إلى الأعيان و تنزل بالنسبة إلى النقود الخارجية، فلايبعد عدم الأرش، و المسألة اليوم محل ابتلاء.

و تدل عليه في الجملة معتبرة يونس بسند الكافي:[٣]كتب إلى الرضا عليه السلام ان لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، و ليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدارهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب إلي: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس.

---

١. *المصدر*، ص ٨٤.

٢. *المصدر*، ص ٨٥.

٣. *الوسائل*، ج١٨، ص ٢٠٦، ب ٢٠، ح ١.

لكن ليونس رواية معتبرة أخرى في التهذيبين على تردد في صحة سند مشيخة التهذيب إلى الصفار و إن صح في الفهرست: كتبت إلى أبيالحسن الرضا: انه كان لي على رجل دراهم و ان السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الأولي و لها اليوم وضيعة، فأي شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب لك الدراهم الأولى (المصدر السابق) و رواه في *الفقيه* عن يونس و لكن لميذكر له سنداً في مشيخة الفقيه.

و رواية صفوان - على تردد في صحة سند الشيخ إلى الصفار كما أشرنا إليه - قال: سأله معاويةبنسعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لايباع بها شيء ألصاحب الدراهم، الدراهم الاولي أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الاولى[1] و جمع بينهما الصدوق جمعاً تبرعياً و لا عبرة به، و بالتعارض يسقطان و مقتضى القاعدة ما قلنا على احتياط.

أمور مهمة:

## الأول: القيمي و المثلي

إذا تلف المغصوب و مطلق المضمون، فإن كان مثلياً وجب مثله على الضامن لمالكه، و إن كان قيمياً وجب أداء قيمته كذلك. و استدل له بأمور:

أولها: الخبر النبوي: على اليد ما أخذت حتى تؤدي. لكنه ضعيف سنداً و متناً كما مر في القسم السادس من الضمان.

و ثانيها: ما دل على احترام مال المؤمن. و مر جوابه.

و ثالثها: الروايات الدالة على أن الامة المتباعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أخذها صاحبها و أخذ المشتري ولده بالقيمة. فان الإمامؑ حكم بضمان القيمة.

---

١. *المصدر*، ص٢٠٧.

رابعها: الإجماع المنقول. لكنه مستند إلى الوجوه الأخرى فليس بتعبدي.

خامسها: قوله تعالى: «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ».

كما عن الشيخ في محكي *الخلاف* و *المبسوط* على ضمان المثل بالمثل و القيمة بالقيمي. بدعوى ان المماثلة انما تقتضي ذلك.

و قال سيدنا الأستاد الخوئي[١] ان الاستدلال بالآية موقوف على أمور ثلاثة:

١. أن تكون كلمة ما في الآية موصولة لا مصدرية.

٢. أن يراد بالموصولة الشيء المعتدي به (أي دون الفعل و هو الاعتداء فتكون الموصولة كالمصدرية في النتيجة أي في عدم الدلالة على المقصود).

٣. ارادة المثل في المثلي و القيمة في القيمي من كلمة المثل في الآية.

أقول: الأمر الأول سهل فلاحظ،[٢] و اطلاق كلمة (ما) يشمل الأعيان و الأفعال معاً فتدل الآية على جواز ضرب الضارب، للمضروب و على اتلاف مال المتلف لمالك التالف و على أخذ مال المعتدي للمالك بمثل ما أخذه. و لا بعد في شمول كلمة المثل للقيمة عند فقد المثل بفهم العرف و ارتكاز العقلاء.

فالعمدة في الايراد ما ذكره السيد الأستاذ الخوئي أيضاً بأن غاية ما يستفاد منه هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص بلا كونها ملكاً للمتصرف.

أقول: إذا جاز للمعتدي عليه أخذ مثل ما اعتدى المعتدي فهل يجب على المعتدي التمكين أو يجوز له المدافعة؟ الثاني بعيد من مذاق الشرع و سياق الآية و نظائرها و الأول يكشف عن تعلق المال في ذمته للمظلوم المعتدي عليه. فلاحظ فثبت المراد كما أشرنا إليه في الضمان بالتفويت أيضاً نعم تختص الآية بفرض الاعتداء و الغصب و لاتشمل فرض السهو و الاشتباه و المأخوذ بالعقد الفاسد.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٣٠٥.

٢. فان مجرد جواز اتلاف مال المتلف من دون جواز أخذه أمر مخالف لطريق العقلاء.

بقي شيء وهو يمكن أن يقال بأن كلمة المثل المذكورة في الآية لها مصداقان: المثل المصطلح عليه في الفقه. القيمة، فان كلاً منهما مثلا لغوياً عرفياً. و على هذا يجوز للمعتدي عليه أخذ المثل أو القيمة في المثليات و القيميات الاصطلاحية خلافاً للمشهور. والله العالم بمراده و كلامه.

و مما يدل على ضمان المثل عند تلف عين مال الغير بناء العقلاء فانهم يرون ذمة غير المالك مشغولة حتى يرد مثل التالف في خصوصياته الشخصية و النوعية وعند فقد المثل، وما ذكروه من أن الاقرب عند العقلاء إلى العين التالفة هو المثل في المثلي و القيمة في القيمي غير ظاهر.

نعم جعل صاحب الجواهر﴿ره﴾ ضمان المثلي بالمثل فقط من قطعيات الفقه[1] و نقل عن *جامع المقاصد* الاجماع عليه، و عن *غاية المراد* اطباق الأصحاب عليه و مع هذه الكلمات لابد من الاقتصار على ضمان المثلي بالمثل لا به و بالقيمة، فان مشهور الفقهاء من العقلاء الكاملين.

و أما القيمي فعن الشيخ و المحقق كما في قرض الشرائع[2] ضمان القيمي بمثله لا بقيمته. و لا أدري هل يقولان به مطلقاً أو في خصوص القرض.

و يمكن أن يقال إذا وجد للقيميات الاصطلاحية مثل عند العرف فهو المضمون و إذا لم‌يوجد أي لم‌يحرز جميع صفات التالف أو معظمها التي لها مدخلية في مالية العين في الافراد الأخرى فالمضمون القيمة. والحيوان غالباً من الثاني فلذا كان ضمانه بالقيمة كما في صحيح أبي‌ولاد، لكن لا حصر في الخبر فلو أحرز العلم الحديث صفات الحيوان بدقة كان ضمان مثله متعين.

و عليه فإذا شك في كون تالف انه مثلي أو قيمي يجب رد المثل و يجب قبوله على المالك، و مع تعذره فالقيمة بدلا.[3]

---

١. ج ٣٧، ص ٨٥.

٢. ج ٢٥، ص ٢٠.

٣. لكن هذه الكبري تحتاج إلى مزيد تأمل وسيأتي نقل الأقوال الأربعة في فرض الشك.

## الثاني: النصوص الواردة في ضمان القيمة

١. رواية السكوني عن الصادقعليه السلام أن أميرالمؤمنينعليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جبنها و بيضها و فيها سكين. فقال أميرالمؤمنينعليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل، لانه يفسد وليس له بقاء... هم في سعة حتى يعلموا.[١]

٢. صحيح ابي‌ولاد المفصل.[٢]

٣. معتبرة جميل‌بن‌دراج في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه.[٣]

٤. معتبرة محمدبن‌قيس عن أبي‌جعفرعليه السلام قال: قضي في وليدة باعها ابن‌سيدها و ابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيد الاخير... فقال: خذ وليدتك و ابنها. فناشده المشتري. فقال: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى نفذ لك ما باعك... .[٤]

٥. معتبرة الحلبي عن أبي‌عبداللهعليه السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه... قال يقوّم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبته و انما جعل ذلك عليه لما افسده.[٥]

٦. معتبرة محمدبن‌قيس المستفاد منها ذلك في الجملة[٦] و كذا غيرها.

ولاحظ: حواشي ص٣٢٨ و ص٣٢٩ ج٣ من *مصباح الفقاهة*.

---

١. *الوسائل*، ج ٢٥، ص٤٦٨.
٢. *المصدر*، ج ٢٥، ص٣٩١، الغصب و *جامع الاحاديث*، ج ٢١، ص٨٣.
٣. *الوسائل*، ج ٢١، ص ٢٠٥.
٤. *المصدر*، ص٢٠٣.
٥. *الكافي*، ج ٦، ص ٨٥.
٦. *المصدر*، ص١٨٣.

و بالجملة لم‌يثبت ضمان القيمة الا في الحيوان و المملوك، و إلّا في الرهن كما يأتي و مقتضي إطلاق رواياته ضمان مطلق الرهن بالقيمي مثليا كان أو قيمياً.

## الثالث: ما معنى المثلي و القيمي؟

نسب صاحب الجواهر تعريف المثلي المذكور في الشرائع: «ما تتساوي قيمة أجزائه» إلى المشهور، ثم نقل تعاريف متعددة، فقال:[١] فالمراد من التعاريف واحد و هو التساوي الذاتي في غالب ماله مدخلية في الرغبة في القيمة، و أن يكون ذلك في أفراد الاصناف لا اتفاقاً... إلى أن قال:[٢] فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان المثلي المصطلح هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساوٍ فيما له مدخلية في ماليته في غالب صنفه، وما ليس كذلك فهو قيمي.

و قال أيضاً: فان تعذر المثل ضمن قيمة المثل، بلا خلاف أجده، لكن قد يناقش بانه لايقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فان له التأخير إلى حال التمكن من المثل.[٣]

وقال سيدنا الاستاذ الخوئي ﵀:[٤] العين الواجدة للأوصاف التي لها مدخلية في المالية إن كان لها افراد[٥] متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي ضرورة ان أفراد الكلي مع فرض تماثلها متساوية الاقدام و متقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينهما في نظر العرف و إن كان بينهما فرق بالدقة العقلية، و إن لم‌تكن لها أفراد كذلك فهو قيمي، وهما يختلفان بحسب الأزمان، و هذا واضح.

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص٩١.

٢. *المصدر*، ص٩٣.

٣. *المصدر*، ص ٩٤ و اختاره السيد الخوئي في *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٢١.

٤. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٠٩.

٥. كأن السيد الأستاذ فسر الاجزاء في تعريف المشهور بالافراد لكنه خلاف تعريف الشرائع بل خلاف صريح كلام الجواهر (ج٣٧، ص٣٠٩ و ٣١٠) لكن ظر الاستاد و لعله أحسن فلاحظ.

## الرابع: الضابطة عند الشك

إذا شك في مضمون انه مثلي أو قيمي، كالرطب و العنب و الزبيب و التمر و الحديد و النحاس و الرصاص و أمثال ذلك، فقد اختلفوا في حكمه على أقوال أربعة: كالقول بضمان القيمة فقط. و كالقول بتخيير المالك بين أخذ المثل أو القيمة. و كالقول بتخيير الضامن بينهما و كالقول بضمان المثل فقط.

و قد نقل سيدنا الأستاذ الخوئي دلائل هذه الأقوال في درسه[١] نعم تخيير المالك يوجب حصول العلم بفراغ ذمة الضامن.

و أورد عليه الأستاذ[٢] بان اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة واقعاً و قيام الإجماع و الضرورة على عدم وجوب أدائهما معاً لايقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لاتخيير المالك في استيفاء أيهما شاء بل يمكن تعيين ما في الذمة بالصلح القهري بأن يرجع المالك و الضامن كلاهما إلى الحاكم الشرعي و يحكم الحاكم بذلك.

قالت: هذا الاحتمال خلاف بناء العقلاء الذي هو الأصل في هذه المسألة و فروعها و الأصل عدم وجوب الترافع. و يحتمل في المقبوض بعقد فاسد تعين الضمان بجنس الثمن، لأنهما أقدما على ذلك.

و الأظهر هو القول الأخير لقصور المقتضي في ضمان القيمة في غير الحيوان و المملوك، و عليه فإذا وجد المثل و إلا فالمتعين هو أداء القيمة إما بعنوان بدل الحيلولة و إما بعنوان البدل الأصلي.

## [فروع]

**الأول:** إذا سقطت العين عن المالية كالجمد في الشتاء لايكفي أداء المثل، بل يجب أداء القيمة لقاعدة العدل بل و بناء العقلاء على ذلك كما قيل و لاحظ ذلك في

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص ٣١٠.

٢. *المصدر*، ص ٣١٥.

*الجواهر*[١] و *مصباح الفقاهة*[٢] و هل يراعي في القيمة زمان الغصب و مكانه أو أدنى القيم إلى الزمان المتصل بزمان سقوطه عن المالية أو أعلى القيم؟ فيه وجوه أحتاط السيد السيستاني بالتصالح.

**الثاني**: لو لم‌يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل ذهب جمع منهم الشيخ الأنصاري‌ﭺ في مكاسبه إلى وجوب الشراء و فصل السيد الخوئي‌ﭺ بين ما كانت زيادة القيمة من جهة الرواج فحكم بوجوب شرائه، أو من جهة مطالبة من عنده بالزيادة لعزته و قلته، فيحكم بعدم وجوب الشراء.[٣]

أما الأول: فلوجوب الضمان بالمثل يحكم الشارع، و هذا الحكم الوارد في مورد الضرر لا يرتفع بقاعدة نفي الضرر، على أن نفي الضرر للإمتنان، و لا إمتنان في رفع الضمان، بل هو خلاف الإمتنان على الامة.

و أما في الفرض الثاني فلايجب لقاعدة نفي الضرر، فان إلزام الضامن بزيادة القيمة الناشئة في الأمور الخارجية دون حكم الشارع بالضمان، ضرري يدفع بقاعدة نفي الضرر.[٤]

و قال‌ﭺ و من هنا اتضح لك انه إذا بقي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن و توقف رده إلى مالكه على تضرر الضامن، لم‌يجب رده لنفي الضرر.

و قيل بوجوب شراء المثل في الصورة الثانية، و إن كان الشراء بقيمة عالية على خصوص الغاصب، فان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و فيه ان هذه الكبرى غير ثابتة.

**الثالث**: إذا تعذّر المثل وجوب أداء القيمة مع مطالبة المالك لبناء العقلاء، لكن الظاهر وفاقاً لصاحب الجواهر و السيد الخوئي‌﵀ و غيرهما عدم جواز إجبار الضامن

---

١. ج٣٧، ص٩٩.

٢. ج٣، ص٣١٧.

٣. و يمكن أن يحلق بالجهة الثانية إرتفاع القيمة لأمر سياسي أو روحي في أيام قلائل.

٤. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣١٩.

المالك على قبول القيمة حينئذ، بل له الصبر حتى وجود المثل، إلّا أن يكون الضامن مأيوساً من المثل مطلقاً، فيجوز دفع القيمة خلافاً للسيد الأستاذ الخوئي[١] و ذلك لبناء العقلاء، فافهم.

ثم الظاهر تعين قيمة المثل يوم الأداء لا غيره كما أوضحه السيد الأستاذ[٢] و لاحظ *الجواهر*[٣] في بلد المطالبة لابلد الضمان ظاهراً[٤] حتى سقط العين عن المالية بالمرّة خلافا للأستاذ[٥] حيث قال بقيمة يوم سقوط المثل عن المالية، لكون المثل حينئذ كالتالف عند العرف، قلت: هذا يصح إذا كان سقوط المثل من المالية من غير رجوع أبداً. و أما في مثل الجمد فلا، إذ بعد الشتاء يرجع ماليته فلايسقط المثل إلا حين الأداء بالقيمة. و لاحظ ج٢، ص ٤٣٥ منهاج السيستاني.

الرابع: قال في *الجواهر*:[٦] لو أتلف الغاصب مثلياً و ظفر المالك به في غير مكان الإتلاف فعن ابن‌ادريس أن له الزامه به في ذلك المكان و ان كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب و كان حمله يحتاج إلى مؤنة، قال: لانه يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب، و وافقه جمع لان وجوب رد المظلمة فوري، خلافاً للشيخ في مبسوطه انه إذا اختلفت القيمة، فللمالك قيمته في بلد الغصب أو ليصبر. ونوقش بمنافاته لفورية الحق، وبأن تأخير الأداء و رد المظلمة ضرر على المالك و الضرر لايزال بالضرر و الغاصب هنا أدخله على نفسه مضافاً إلى انه يؤخذ بأشق الأحوال.[٧] و اطلاق ما دل على وجوب رد المظلمة (ب٧٨ من أبواب جهاد النفس من جهاد

---

١. *المصدر*، ص ٣٢١.
٢. *المصدر*، ص ٣٢٠.
٣. ج٣٧، ص ٩٥.
٤. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٢٣.
٥. *المصدر*، ص ٣٢٤.
٦. ج٣٧، ص٩٨.
٧. لا دليل عليه كما سبق.

الوسائل)[١] و على تسلط المظلوم على استيفائها، متى تمكن منها[٢] كما قيل.

و الغرض ان الثابت في ذمته المثل. ودعوى اعتبار المكان في مثليته واضحة المنع لغة و عرفاً و شرعاً. نعم يتجه ـ بناء على ذلك ـ انه ليس للمالك الامتناع لو بذله الظالم في غير بلد الظلم وان اقتضي ضرراً على المالك لقلّة القيمة مثلاً. و ان تردد في *جامع المقاصد* و لم يرجّح.[٣]

قلت: لا ملازمة بين وجوب الدفع بعد مطالبة المالك في غير بلد الاتلاف وبين لزوم القبول على المالك لو بذله الضامن في غير مكان الظلم إذا كان له ضرر و الا ففيه وجهان.

**الخامس**: لو تمكن الغاصب بعد دفع القيمة عن دفع المثل، فإن كان دفع القيمة بمطالبة المالك و رضاه، فالظاهر عدم عود المثل في الذمة، إذ الساقط لايعود، و إن كان بمطالبة الضامن ولابدية المالك ورضاه من جهة عدم التمكن من المثل، كذلك، إذ بعد قبض المالك سقط ما في ذمة الضامن، و لا دليل على عوده بعد سقوطه.[٤]

أقول: لكن الظاهر إذا اخذها بعنوان بدل الحيلولة هو عود المثل في ذمة الغاصب و لكل منهما استرجاع حقه من المثل و القيمة. فلاحظ.

## الخامس: ضمان القيمي التالف بالقيمة

قد حكي عليه الاتفاق، و ليس في الأدلة اللفظية ما يثبته. إلا في الحيوان كما في صحيحة أبي‌ولاد لكنها غير دالة على الحصر، و الا في المملوك[٥] و إلا في الرهن كما

---

١. كصحيح الحذاء ويؤيده غيره من روايات الباب، ج ١٦، ص٥٢ ـ٥٣.

٢. *الوسائل*، ب٢٩ من ابواب المعروف و *بحار الأنوار*، ج ٧٥، ص١٧.

٣. *الجواهر*، ج٣٧، ص٩٩.

٤. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص ٣٢٥.

٥. لاحظ الروايات الواردة في المملوك في *مصباح الفقاهه*، ج٣، ص٣٢٩، هامش.

يأتي بحثه. فلايبعد القول بالمثل مطلقاً إلّا ما دل عليه الدليل الحاصر و مع فقد الحصر فالقول بالتخيير بين القيمة و المثل في القيمي، فلاحظ و إلا فيما لم‌يوجد له مثل في أوصافه النوعية و الصنفية التي لها مدخلية في المالية و الرغبات. كما انه لم‌يصح سنداً ما دل على ضمان القيمي بالمثل. (لاحظ روايتي الصباح واسحاق في الوسائل ب ٢١ من أبواب الدين).

ودعوي ان المرتكز في أذهان العقلاء ضمان القيمي بالقيمة كما في كلام السيد الاستاذ[١] غير ثابتة.

## السادس: ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي؟

للفقهاء في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا أقوال:

١. أن العبرة في ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أبي‌ولّاد.

٢. أنّها بقيمة يوم التلف، و قيل انه مذهب الأكثر، و دليله ان انتقال الضمان إلى البدل (أي القيمة) يوم التلف و قبله يجب عليه رد العين فقط.

٣. أنّها بقيمة يوم الأداء كما عن صاحب العروة في تعليقته على المكاسب، و دليله انّ الذمة مشغول بنفس العين إلى حال الأداء، إذ هو المستفاد من أدلة الضمان، و التعذر لاينافي ذلك، لعدم اناطة الأحكام الوضعية بالقدرة، و إعطاء البدل انّما هو من باب الوفاء كما في تعذر المثل في المثلي و دفع البدل من غير الجنس.

و يمكن أن يستدل عليه أيضاً بما مر منا من أن الاصل في الضمان هو ضمان المثل فالانتقال إلى القيمة إنما يكون وقت الأداء.

٤. انّها بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء لوجوه غيرقوية مذكورة في *الجواهر*[٢] و *مصباح الفقاهة*.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٨٥.

٢. ج ٣٧، ص ١٠٣.

يقول السيد الأستاذ الخوئي: مقتضى القاعدة هو القول الثاني، فان الانتقال إلى القيمة هو يوم التلف.[١]

و الأظهر هو القول الأول لصحيحة أبي‌ولّاد[٢] قال الراوي:

فقلت: أرأيت لو عطب البغل و نفق، أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل - البغل - الوافي و بعض نسخ التهذيب[٣] - يوم خالفته. قلت: إن أصاب البغل كسر... .

لكن في الرواية فقرتان ربما تدلان على انّ العبرة بغير يوم الغصب و المخالفة أوليها: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه) و رُدّ بأن مقتضاها استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد و هو واضح البطلان، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب أم من يوم التلف أو من يوم الرد، وعليه فليكن تعيين ان العبرة بقيمة يوم الغصب قرينة على المراد و انه من يوم الغصب.

و مع الغض عن الجميع مفاد الرواية ان العبرة بالضمان بقيمة يوم الغصب في القيمي. و أما الأرش بين الصحيح و المعيب فهو بحسب يوم الأداء و لا منافاة بينهما.

و في *الجواهر*[٤] ان الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب المحشاة: ترد الأرش عليه مع البغل. و ليس فيها كلمة (يوم) ومعناه: أنك ترد الأرش عليه مع البغل.

ثانيتها قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود و يشهدون أن قيمة البغل حين اكري كذا و كذا فلو كانت العبرة بيوم القبض لم‌يذكر وقت الكري.

و جوابه انّ الوقتين - يوم المخالفة و الكري - بمقتضى ظاهر الحال واحد، فان

---

١. و في *الجواهر* (ج٣٧، ص٩٩): أخذُه بأشق الأحوال انما هو في رد العين المغصوبة لا المثل لعدم الدليل، بل الأصول تقتضي خلافه. و لاحظ ص١٠٤ منه أيضاً.

٢. *الكافي*، ج ٥، ص٢٩١.

٣. ظاهر *جامع الاحاديث*، ج٢١، ص٨٤ عدم دخول اللام المحلّي على كلمة بغل مطلقاً و الا لنقلها ولو من نسخة كما هو عادته.

٤. ج٣٧، ص١٠٢.

الفاصلة بين بلدة الكوفة و قرب القنطرة قصيرة، و من العادة اكتراء الدابة صبيحة يوم السفر أو ليلته فلايتفاوت القيمة في هذه المدة اليسيرة. و هناك مناقشات أخرى في حواشي المكاسب.

نعم هناك روايات في كتاب الرهن[١] تدل على أن الضمان بقيمة يوم التلف و لكن مقتضى معتبرة أبان‌بن‌عثمان[٢] الجمع بينهما بحمل المثبتة على الاتلاف. و النافية على التلف.

فيثبت الضمان بقيمة يوم اتلاف الرهن وهو يوم الغصب فتتفق مع صحيحة أبي‌ولاد.

فرع: يعتبر قيمة القيمي التالف بقيمة يوم الغصب و بقيمة مكان الغصب كما أوضحه السيد الخوئي رحمه الله[٣] و أما الشيخ الأنصاري فحيث يرى قيمة وقت التلف، اعتبر مكان التلف دون مكان الغصب.

و لاحظ تفصيل بقية الأقوال و أجوبتها في المطولات كالجواهر و المكاسب و حواشيها منها *مصباح الفقاهة*.

فائدة: في *الجواهر*[٤] ان محل الخلاف (كما صرح به غيرواحد ـ (في أعلى القيم) ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق. أما إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت، فان الأعلى مضمون إجماعاً، كما في *المسالك* و *الروضة*، ولو على معنى ضمان أرش النقصان و قيمة العين حال التلف والله العالم.

## السابع: أرش الحيوان

في *الشرائع* و *الجواهر*:[٥] ولو كان المغصوب دابته فجنى عليها الغاصب أو غيره

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٣٩٠.
٢. *المصدر*، ص٣٨٢.
٣. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٥٢.
٤. ج٣٧، ص١٠٧.
٥. ج٣٧، ص١١٢.

(بما لا مقدر فيه في الانسان) أو عابت من قبل الله سبحانه ردّها مع أرش النقصان (بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى عموم الادلة و خصوص صحيح أبي‌ولّاد السابق).[١] (و كذا لو كان ذلك مما له مقدر في الانسان منها، إذ لا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة، بل يرجع إلى الارش السوقي، بلا فرق بين المأكول و غيره خلافاً للعامة في بعضها).[٢]

أقول: لكن في صحيح محمدبن‌قيس عن الصادق عليه السلام أن علياً قضي في عين دابة بربع ثمنها أي قيمتها[٣] و قريب منه رواية أبي‌العباس و صحيح ابن‌أذينة و صحيح آخر لمحمدبن‌قيس عن الباقر عليه السلام[٤] و *الفقيه*[٥] لكن المشهور لم‌يلتزموا بها. نعم حكي الشيخ عن الأصحاب في عين الدابة نصف القيمة. و في العينيين كمال قيمتها و كذا كل ما في البدن منه اثنان و لم‌توجد روايته على ذلك رغم تصريحه بها. بل قال: دليلنا اجماع الفرقة و اخبارها![٦] و الأحوط العمل بالروايات المتقدمة في خصوص عين الدابة و في غيرها يرجع إلى الأرش السوقي وفاقاً للمشهور.

## الثامن: بدل الحيلولة

يجب رد مال الغير إليه، و إذا تلف يجب رد عوضه مثلا أو قيمة. كما سبق. و إن تعذر رده ـ كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق ـ يجب على الضامن رد بدل الحيلولة مثلاً أو قيمة. و استدلوا له بوجوه ناقشها سيدنا الأستاذ الخوئي في درسه[٧] و لعل عمدتها قاعدة نفي الضرر بناء علي شمولها للأحكام العدمية أيضاً. أي إذا توجه

---

١. *الوسائل*، كتاب الغصب، ب٧.
٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص١١٣.
٣. *الوسائل*، ب٤٧ من ديات الأعضاء.
٤. *الكافى*، ج٧، ص٣٦٧.
٥. من *لا يحضره الفقيه*، ج ٤، ص١٢٧.
٦. *الجواهر*، ج٣٧، ص ١١٥.
٧. مصباح *الفقاهة*، ج٣، ص ٣٥٦ و ما بعدها.

ضرر على المكلف من عدم حكم الشارع به، فالقاعدة المذكورة نقتضي جعله، كما (بما يظهر من الشيخ الأنصاري﴿ره﴾ وصاحب الجواهر). و قد أشرنا إليه في بحث القسم السادس من الضمان.

و أنا لا أنكر هذا القول ولا أجزم به، و لكن يمكن إثبات وجوب بدل لحيلولة بقاعدة العدل على ما قررناها في كتابنا «الارض في الفقه» (ص١٤٣) و يمكن أن نستدل أيضاً عليه بإطلاق صحيح الحلبي: في الصائغ و القصار ما سرق منهم من شيء فلميخرج منه على أمر بين انه قد سرق، فكل قليل أو كثير فهو ضامن و ان فعل... .[١]

و لمكاتبة الصفار: كتبت إلى أبيمحمد، رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها من ملكه؟ فوقّع﴿ع﴾: هو ضامن لها ان شاءالله.

و مثلها رواية عليبنمحمدبنمحبوب عن الفقيه.[٢] و كلاهما معتبر سندا. برواية ابان عن الباقر﴿ع﴾: سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق؟ فقال إذا كان امينا فلا غرم عليه.

مفهوم الرواية المعتبرة يدل باطلاقها على المقام.[٣] و لاحظ بقية الروايات هناك.

## التاسع: توضيح وتقسيم

واعلم انّ العين قد تتلف حقيقة كطعام يؤكل و حيوان يفترس أو يهلك، وقد يتعذر إيصاله إلى مالكه ويحصل اليأس منه، بل قد يقطع بعدم التمكن من رده، و ربما يعلم بعدم حصوله إلا بعد سنوات كثيرة، و هذان الصورتان يلحقان بالتلف عرفاً و قد يشك في حصوله عاجلاً وآجلاً أو يعلم بحصوله بعد مدة غيركثيرة فيكون الفرض من بدل الحيلولة.

---

١. *جامع الاحاديث*، ج٢٣، ص٥٨٨.

٢. *المصدر*، ص٥٩٠.

٣. *الوسائل*، ج١٩، ص٩٣.

قال السيد الأستاذ الخوئي‏رحمه‌الله: ثم انك قد عرفت انه على القول بثبوت بدل الحيلولة فانه لايثبت الا في الموارد التي يتعذر الوصول إلى العين بحيث لايتمكن من الانتفاع بها، و هذا لايجري في صورة امتزاج العين بعين أخرى ضرورة امكان الانتفاع بها، غاية الأمر كون العين الممتزجة مشتركة بين المالكين، وعليه فيجب اعطاء الأرش للمالك، لأن الشركة عيب في العين المغصوبة[1] و سيدنا الاستاذ حيث انكر بدل الحيلولة، قال: انّ مقتضى القاعدة ثبوت العين في ذمة الضامن إلى زمان التمكن من أدائها و ليس للمالك إلّا مطالبة أجرة العين مدة الحيلولة من الغاصب إلّا إذا رضيا بالبدل فيتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل و المبدل فيكون المدفوع بدلاً حقيقاً.[2]

## العاشر: فروع بدل الحيلولة وغيرها

أوّلها: في التّلف الحقيقي و ما بحكمه يجوز لك من المالك و الضامن إجبار الآخر، فالمالك يجبر الضامن بأداء البدل. و الضامن يجبر المالك بأخذه. و في بدل الحيلولة يجوز إجبار الضامن و لايجوز إجبار المالك، إذ له أن لايأخذ البدل و أن يصبر و ينتظر ردّ العين.

ثانيها: مقتضى قاعدة العدل عدم ملكية الضامن - بعد دفع بدل الحيلولة - للعين الضائعة، بل انها لاتقتضي ملكية المالك للبدل، و المتيقن أنه مباح له، نعم إذا تصرف فيه تصرفاً موقوفاً على الملك يمكن أن تقول بدخوله في ملكه قبل التصرف آناًما، جمعاً بين القولين، كما في المعاطاة على القول يكونها مفيدة للاباحة، و هذا القول نقل عن المحقق القمي‏رحمه‌الله في أجوبة مسائله (و لعلّها *جامع الشتات*) فما عن المشهور من ملكية المالك لبدل الحيلولة دون ملكية الضامن للمبدل منه يشكل قبوله.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص ٣٨١.

٢. *المصدر*، ص٣٦٨.

و ما في *مكاسب* الشيخ﵀: فهي غرامة لاتلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض (ص١١٢).

مجرد توجيه لنظر المشهور و ليس له أساس صحيح.

و احتمل الشهيد الثاني أمراً آخر و قال: ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً و تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين، و إن جاز له التصرف كان وجهاً في المسألة و استحسنه في *الكفاية* (ص١١٢).

أقول: مقتضى اطلاق الروايات المتقدمة ملكية صاحب العين للبدل كما عن المشهور، ولا دليل فيها على ملكية الضامن للعين، إلّا ان يفهم ذلك لأجل المعاوضة القهرية بمعونة فهم العرف فيثبت ما احتمله الشهيد الثاني من الملكية المتزلزلة.

ثالثها: ذكر السيد الخوئي﵀ في المقام أربعة فروع:[١]

فمنها انه إذا توضأ أحد غفلة بماء مغصوب أو مقبوض بعقد فاسد، و التفت قبل المسح فإن قلنا بدخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله، يصح المسح بما بقي من رطوبة يده و يصح و ضوؤه، و بناء على عدم دخول الماء في ملك الضامن لايصح مسحه بتلك الرطوبة مع إمكان انتفاع المالك بالرطوبة الباقية. و أما إذا فرض ان الماء المستعمل في الوضوء يعد من التالف عرفاً جاز المسح بالرطوبة مطلقاً.

أقول: الظاهر هو صحة وجه الأخير غالباً. نعم في المقام اشكال آخر، و هو احتمال أن حرمة التصرف في مال الآخر الواقعية تكشف عن المبغوضية المنافية لصلاحية التقرب بالوضوء المذكور إلى المولى، فيكون الوضوء باطلاً رأساً. و غفلة المكلف عن المبغوضية الواقعية لاتصحح المقربية. و اعتبار القاهرية و الدوران في الغصب، انما هو بلحاظ الضمان، فتأمّل.

و منها: انه إذا غصب أحد خمراً محترمة لغيره أو غصب دابة، فماتت و انقلبت الخمر خلاً، فانه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البدل و المبدل كان الخل و الميتة للضامن بعد أداء البدل، و الا فهما للمضمون له.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٦٧.

أقول: بدل الدابة الميتة. ليس من بدل الحيلولة و لا وجه لذكره في المقام و اما الخمر فإن قلنا بالأرش فالخل لمالك الخمر، و ان قلنا بانها تالفة فهي للضامن و البدل بدل التلف أو الاتلاف لا بدل حيلولة. إلّا إذا أمكن عود الخل خمراً. على ما يأتي من الشيخ الأنصاري رحمه الله عن قريب.

وقال الشيخ الأنصاري بان حق الاختصاص بعد سقوط العين المغصوبة عن المالية للمالك بلا إشكال قبل أداء بدلها، و انما الإشكال بعد أداء البدل. و يقول الشيخ بأنه أيضاً للمالك، دون الضامن المؤدي بدله.

و أيد نظره بانه لو صار الخل المغصوب خمراً ثم انقلبت الخمر خلّا لوجب ردّه إلى مالكه بلا خلاف في ذلك.[1]

أقول: ان ثبت ذلك فيحتمل انه لأجل الاجماع تعبداً، و إن لم‌يثبت فيمكن القول بكونه للضامن المذكور، و أما ما أجابه النائيني فهو ضعيف كما نبّه عليه السيد الخوئي رحمه الله ولاحظ الجواهر.[2]

و منها: انه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة، فانه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البدل جازت له الصلاة فيه و إلّا فلا.

أقول: إذا أمكن رد الخيوط سالمة كما إذا خاطه باليد ردها بعينها و لا مجال للبدل و ان لم‌يكن ردها فهي بمنزلة التالفة و بعد أداء مثلها يملكه الضامن، و ليس هنا مورد لبدل الحيلولة إلا من باب الاتفاق في بعض الموارد لكن رد مثلها يكفي لسقوط حق المالك على الأرجح كما مر.

و منها: إذا خلط الدهن المغصوب بطعام أحد، فانه بناء على دخول المبدل في ملك الغاصب بعد رد بدله جاز له التصرف في ذلك الطعام و الا فلايجوز التصرف فيه الا برضى مالك الدهن.

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص٣٧٨.

٢. ج٣٧، ص١٤٢.

أقول: ما ذكره السيد الأستاذ غيرقوي و الأظهر ان الدهن ان عدّ تالفاً بنظر العرف يجب بدل الاتلاف مثلاً أو قيمة، و إن لميعد تالفاً فالطعام مشترك: لايجوز التصرف فيه إلا برضاهما، فإن تراضيا على أمره فهو و الا فيحكم الحاكم بينهما حتى لايفسد الطعام، و إذا توجه على الدهن نقصاً من جهة الشركة فهو على الغاصب، و لعل احتمال الشركة أقوى فلاحظ المسأله الثانية في اللواحق.

٤. يقول الشيخ الأنصاري ﷺ: ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع، خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانهما، فلايضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أكان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة، كالثمرة، و لايضمن منافعه، فلايطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن العلامة و بعض آخر ضمان المنافع على مؤدي البدل.

و يقول السيد الأستاذ: أن المأخوذ بعنوان الغرامة، إن كان بدلاً عن العين المتعذرة ـ كما يقتضيه دليل ضمان اليد ـ فلا شبهة في انقطاع علاقة المالك عن العين و صيرورتها ملكاً للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلاً عن زيادة القيمة السوقية، و إن كان المأخوذ بدلاً عن السلطة الفائتة دون العين، فهو يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة بعد دفع الغرامة.[١]

أقول: المتيقن من قاعدة العدل هو الثاني، و المستفاد من الروايات المتقدمة المستدل بها لبدل الحيلولة بضميمة فهم العرف، هو الملكية المتزلزلة للطرفين. و لعل مقتضاها عدم الضمان في البدل و المبدل منه، كما ذكره الشيخ فلاحظ.

و اعلم أن بدل التلف يوجب رفع ضمان القابض قطعاً و اتفاقاً و رد بدل الحيلولة كذلك على تفصيل عرفته و برفعه قال المحقق[٢] خلافاً لصاحب *الجواهر* و *جامع المقاصد*، حيث قالا بالضمان في بدل الحيلولة.

٥. المناط في ثبوت بدل الحيلولة انما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج٣، ص ٣٧٠ ـ ٣٧١.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص١٣٩.

مالكها سواء أكان (المالك) بنفسه متمكناً من ذلك أم لا كما نبه عليه السيد الأستاذ الخوئي أيضاً.[١]

٦. لو كان لبدل الحيلولة نماء كان للمغصوب منه، كما ان نماء المبدل للغاصب أو القابض، نعم إذا أمكن رد العين ترد مع نمائها ولو منفصلاً، لان الملكية كما عرفته متزلزلة، لكن إذا استوفى أحد الطرفين منفعة العين و نمائها المنفصل يصح القول بتقاص الاخر، و أما النماء المتصل كالسمن فهو تابع للعين.

و لاحظ منهاج السيد السيستاني[٢] و لاحظ مكاسب الشيخ الأنصاري عليه الرحمة إذ هو تعرض لبدل الحيلولة مفصلاً.

٧. يثبت على الغاصب أجرة العين أيضاً إن كان لها أجرة في العادة، من حين الغصب إلى حين دفع العين أو البدل. و في *الجواهر*[٣] بلا خلاف و لا اشكال، بل الاجماع بقسميه عليه. لكن تقدم أن المضمون المنافع المستوفاة والمفوتة دون المنافع الفائتة لقصور الدليل على تردد ما كما مرّ، خلافا لصاحب الجواهر حيث ادعى الاجماع بقسميه على عدم الفرق في المنافع بين المفوتة والفائتة،[٤] لكنه مشكل.

وقيد العادة، لأجل عدم الضمان في غير ما جرت العادة بايجار العين، كالشاة فلايضمن الغاصب أجرتها لعدم صدق الاتلاف و التفويت، خلافاً لبعضهم.

فرع: ولو تعددت المنافع فان تساوت ضمن أحدها و ان تفاوتت ضمن أجرة العليا لصدق تفويتها.

٨. لو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما، إذ انفرد عن صاحبه، كالخفين اللذين قيمتهما مجتمعين مثلاً عشرة، وقيمة كل منفرداً ثلاثة فتلف أحدهما، ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهو خمسة ورد الباقي، وما نقص من قيمته بالانفراد وهو اثنان،

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٣٨١.

٢. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٢٣٧ و *المكاسب*، ص ١١١ ـ ١١٢.

٣. ج ٣٧، ص ١٣٨.

٤. *الجواهر*، ج ٣٧، ص ١٣٧.

بلا خلاف يجده صاحب الجواهر في شيء من ذلك، ولا إشكال لضمان الغاصب كل نفص يكون في يده علي المغصوب، من حيث الاجتماع و الانفراد اللذين فرض مدخليتهما في القيمة.[1]

أقول: إذا فرض خروج الخف الباقي بانفراده عن الاستفادة لعدم وجود آخر يلبس معه وانه لايباع الخفان في السوق إلا معاً فلايبعد ضمانه بمجموع الخفين و تعلق الخف الباقي بالضامن.

و أما لو تصرف في أحد الخفين مثلاً يساويان مثلاً عشرة، فاتلفه أو تلف في يده وابقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته مجتمعاً بسبب الانفراد، رد قيمة التالف لو كان منضماً إلى صاحبه، بلا خلاف كما في *الجواهر*[2] و امّا ضمانه ما نقص من قيمة الآخر فهو مورد خلاف، تردد المحقق فيه في الشرائع والعلامة في محكي التحرير. وجه الضمان التسبب كحبس المالك عن ماشيته كما عن جمع، و وجه عدمه انه لميدخل تحت يده كي يكون مضموناً كالفرض السابق، اختاره صاحب الجواهر، لان قاعدة التسبب غير تامة عنده باطلاقها، والنصوص لاتشتمل المقام، و الأصل البراءة، قال: فعلي الأوّل المضمون سبعة و على الثاني خمسة. و احتمل ضمان ثلاثة ثم دفعه.

أقول: ويحتمل ضمان عشرة كاملة فان الخف الباقي في يد المالك صار بمنزلة التالف أتلفه المتصرف بالتسبب فلاحظ. ويؤكده قاعدة العدل.

٩. لو غصب ماكولاً فاطعمه مالكه، سواء أمره بالأكل أو قدمه إليه الغاصب بحيث يتحقق الغرور أو غصب شاة فاستدعى مالكها لذبحها فذبحها جهلاً بالحال، فمن الغاصب.

ولا اشكال فيه و إن كان المالك مباشراً للاتلاف وتسلم المال، لكنه ليس تسلماً تاماً يتصرف فيه كتصرف الملاك في ملكهم، فالمباشرة ضعيفة بالغرور المانع، لإستتباع الضمان المقتضي لعدم غرم الغاصب، وحينئذ فالسبب أقوى في الإتلاف

---

١. *المصدر*، ص ١٤٠.

٢. *المصدر*، ص١٤١.

الموجب للضمان، بل هو المستقر عليه لعدم تعقل ضمان المالك لماله. و إن قلنا بضمان المغرور في غير المقام، وكأنه لايوجد بينهم خلاف فيه.[١]

١٠. إن أطعمه الغاصب غيرالمالك يغرّم المالك أيهما شاء عند جمع، لكن الغاصب لايرجع علىٰ الأكل المغرور و يرجع هو عليه أن غرمه المالك، لضعف المباشرة و قوة السبيب.

١١. لو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثىٰ، كان الولد لصاحب الأنثىٰ، و ان كانت للغاصب كما عن جمع. و عن *جامع المقاصد* الاجماع عليه على الظاهر.

و في *الجواهر*:[٢] بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة في سائر الاعصار و الأمصار على تبعية الولد ـ في غير الانسان ـ للانثى... فلايقاس بقولهم الزرع للزارع.

١٢. لو غصب ماله أجرة و بقي في يده حتى نقص كالثوب يخلق و الدابة تهزل، لزمه الأجرة و الأرش و لم‌يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم‌يكن بلا خلاف و لا اشكال في الاخير... .

أما الأول و هو الذي حصل نقصه باستعماله، فهو الذي صرّح به جمع بل لم‌يجد صاحب الجواهر فيه خلافاً لاصالة عدم تداخل الاسباب، إذ فوات الأجزاء في يد الغاصب سبب لضمانها و الانتفاع سبيب آخر لضمان الأجرة فلايتداخلان كالأول (كالأخير ـ ظ) و عن *القواعد* و *الدروس* احتمال وجوب الأكثر عن الأرش و الأجرة و لاحظ بقية الكلام في *الجواهر*.[٣]

١٣. لو أغلى الزيت ـ مثلاً ـ فنقص وزنه ضمن النقصان و ان لم‌تنقص القيمة بلا خلاف أجده بين الخاصة والعامة، بل وان زادت قيمته علي ما قبل الغليان لانه مثلي

---

١. و اعلم أنّ في المقام فروض أخري، وهي مسطورة في *الجواهر* (ج٣٧، ص١٤٣): و كذا لو اودعه المالك أو آجره اياه أو اعاره اياه عارية غير مضمونة... إلى آخر كلامه، ومراجعتها مفيدة (*المصدر*، ص ١٤٤).

٢. *المصدر*، ص ١٤٦.

٣. ج ٣٧، ص١٤٧ و١٤٨.

يضمن بمثله، و عمله الذي زاد الواقع تبرعاً لايقوم مقام ذلك خلافاً للمسالك كما في الجواهر.[١]

و فيه أيضاً: و ان نقصت قميته دون عينه رده مع أرش النقصان الذي هو مضمون عليه بالغصب[٢] و ان نقصا معاً رد مثل الناقص مع الباقي، إلّا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي، لان الفرض عدم عود القيمة بعود الكمية الاولى.

و عن الشيخ رحمه الله في محكي مبسوطه: و لو أغلى عصيراً فنقص وزنه لايلزمه ضمان النقيصة لانها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها، إذ النار تعقد أجزاء العصير، و لذا تزيد حلاوته بخلاف الاولى (أي الزيت) لكن المتأخّرين على خلافه، لان الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدله، مع منع كون الذاهب أجزاء خاصة، بخلاف الزيت، و ان تفاوتا بالقلة و الكثرة.

أقول: لابد من مراجعة علماء الفيزياء فإن صدقوا قول الشيخ فهو المعتمد و الا فقول المتأخّرين، و على الأول لايضمن المغلي سوى أجرة خلطه بالماء ثانياً و سوى نفس الماء.[٣]

و لابد من رجوع الفقهاء في تشخيص الموضوع بصورة علمية إلى العلوم التجريبية في جملة من المورد على ما أشرنا إليه في كتابنا «الفقه و مسائل طبية». و ليس لهم الرجوع إلى الأصول العملية و هم جالسون في بيوتهم.

---

١. و في *المنجد*: و تطلق كلمة الزيت على مواد عديدة كلها سائلة محترقة، تستخرج من النباتات و الحيوانات و تستعمل لمقاصد كالأكل و الاضاءة و التصليب.

٢. و يجري الحكم في النقود الرائجة بطريق أولى، لكن كلام *الجواهر* محتاج إلى تأمل، فانا لانقول بضمان المنافع الفائتة، أو نتوقف فيه.

٣. لاحظه الفرع الثالث من المسألة الثالثة.

# في اللواحق

**المسألة الاولى:** إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب أو غيره فيه لصنعة اقتضت تلك الزيادة: فإن كانت تلك أثراً محضاً لا عيناً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب بخيوط المالك و نسج الغزل و طحن الطعام و صياغة النقرة، ردّه و لا شيء له لعدم احترام العمل بغير اذن المالك. و في *الجواهر*: بلا خلاف ولا اشكال، فلو اتلفها أو تلفت في يده كان ضامناً.[1]

أقول: لابد من قيد التالف بتفويت الضامن كما مر مع تردد فيه. ثم الظاهر ان النقوش و الكتابة على الذهب ـ مثلاً ـ من الأثر عرفاً. و أمّا إذا كانت عادة الكتابة من الغاصب فهي من العين و يأتي حكمها.

و ان نقصت المغصوب بشيء من ذلك ضمن الأرش، فإن يد الغاصب يد ضمان. و أما إذا أمكن رده إلى الحالة الأولى يجب إن لم يرض المالك بالحالة الحادثة، و إلّا فلا يجوز رده بحالته الأولى، لأنّه تصرف محرّم في مال الغير.

و في *الجواهر*:[2] و إن ألزمه الرد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك منع أرش النقص عما كان قبل تلك الزيادة.

---

١. يأتي ما يتعلق به في ذل المسألة الثالثة.

٢. ج٣٧، ص١٥٢.

أقول: مراده أرش نقص أصل المادة دون زوال الزيادة بتلك الصنعة بعد الأمر له بالرد المقتضى لإتلافها كما عن العلامة و الشهيد، وهو أقوى.

و فيه أيضاً: و لايجبر على رفاء الثوب الذي شقه و إصلاح الاناء الذي كسره مع الأرش بعد ذلك، للأصل و لأنّه لايعود إلى ما كان بذلك، بل يضمن الأرش خاصة.

و إن كانت الزيادة عيناً محضة كالفرس و نحوه، كان له أخذها و إعادة المغصوب إلى مالكه مع الأرش إن نقص.

و إن لم‌تكن محضة أي كانت غيرمحضة كما لو صبغ الثوب المغصوب يمكن فصله كان له ازالة الصبغ بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب. و أن لم‌يأذن المالك بل و إن منع كما عن جمع منهم صاحب الجواهر (١٥٣) بل نسب إلى المشهور خلافاً لولد العلّامة و أبيه وغيره، فقالوا بعدم جواز القلع بدون إذن المالك و وجوب قبوله القيمة المدفوعة من قبل المالك.

(و للكلام تتمة مذكورة في *الجواهر* من ص ١٥٥ إلى ص١٥٨ و دعوى انه كما...).

ثم مع عدم امكان الفصل أو امكانه و التراضي بالشركة يشتركان، و لها أحكام مذكورة في *الجواهر*.[١]

المسألة الثانية: إذا غصب دهناً فخلطه بمثله ذاتاً و وصفاً فهما شريكان حقيقة على وجه يملك كل منهما في مال الآخر أو حكماً كما عن الأكثر، لاحظ *الجواهر*.[٢] و عن الحلي في محكي غصب السرائر إن مال المالك كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من دهنه المخلوط، و إن شاء أعطاه من غيره مثل دهنه، و هو ضعيف كما في *الجواهر*[٣] و للمقام تفاصيل مذكورة في *الجواهر*.

---

١. ج٣٧، ص١٥٨ـ ١٦٠.

٢. *المصدر*، ج ٢٦، ص ٢٩٥.

٣. *المصدر*، ج٣٧، ص١٦١.

و أمّا لو خلط بغير جنسه لكان مستهلكاً و ضمن المثل، كما عن جمع، بل في *الجواهر*:[١] لا أجد فيه خلافاً لأنّه تالف لبطلان فائدته و خاصيته بخلاف الجيد مع الردي المتفقين في الجنس، و عن العلّامة احتمال الشركة قوياً كما لو مزّجاه برضاهما أو امتزجاً بأنفسهما، و في *المسالك*: له وجه و في *الجواهر* الميل إليه لكن بمعنى الشركة في الثمن و لا بأس به فلاحظ تفصيله في (ص ١٦٦).

المسألة الثالثة: لا خلاف في أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب و هي مملوكة للمغصوب منه، لانها نماء ملكه، و في *الجواهر و الشرائع*، و إن كان قد تجددت في يد الغاصب اعياناً كانت كاللبن و الشعر و الولد و الثمر أو منافع كسكنى الدار و ركوب الدابة، بل الاجماع بقسميه عليه، بل و على عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت (ص١٦٧).

أقول: و قد مر التردد في غير التفويت.

و كذا الكلام في منفعة كل ماله أجرة في العادة، فان المنافع أموال شرعاً و قبضها بقبض العين، وللمسألة تتمة في *الجواهر*.[٢]

## فروع

١. لو سمنت الدابة في يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعةً أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة كما في *الجواهر*.[٣]

أقول: يحتمل الفرق بين الزيادة الحاصلة بفعل الغاصب وبغير فعله فلايضمن في الاول فلاحظ.

٢. لو زادت القيمة لزيادة صفة كانت في يد المالك أو تجددت عند الغاصب لا

---

١. *المصدر*، ص ١٦٥.
٢. ج ٣٧، ص١٦٧.
٣. *المصدر*، ص١٦٩.

بفعله كما مر، ثم زالت تلك الصفة، ثم عادت بعينها و عادت القيمة بعودها، ففي ضمان قيمة الزيادة التالفة وعدمه اختلاف.

اختار الأول الشهيد الثاني في محكي مسالكه، لان السمن الثاني مثلاً غير الأول، و الأول وقع مضموناً، والثاني تجدد هبة من الله تعالى شأنه كالأوّل لو كان متجدداً فلايحصل للغاصب بسببه شيء، و كذا عن الشهيد الأول.

و اختار الثاني المحقق الأول في الشرائع و جمع، لأنّ التالفة انجبرت بالثانية فكأنها لمتزل و صدق الأداء لما أخذ، و لقاعدة نفي الضرر.

أقول: الأول أحسن دقة و الثاني أقرب عرفاً. و الله العالم.

و في *الجواهر*:[١] على ان ملاحظتها مع الموجودة حال التلف غيرمعقولة ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين، إذ ليست هي الأصفة واحدة، و المتجددة ليست غيرها على وجه لو تضم معها، اللهم إلا أن يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما انه يدفعه مع العين لو ردّها.

و فصل صاحب *الجواهر*[٢] في المسألة بأن كل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة و تزداد القيمة بذلك، هي لاتنجبر بالمتجددة، و كل صفة لايمكن تقديره مع المتجددة أو أمكن و لكن لاتزيد بها القيمة عن المتجددة، بل هي هي أو تنقص. لاتضمن وتنجبر بالثانية... .

فالضمان متزلزل مراعى كضمان الحيلولة و كضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها كالتذكر بعد النسيان الذي لا اشكال في الانجبار فيه، بل لايبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلاً مراعي بعدم العود كالحيلولة، فلو ردّ العبد الذي نسي الصنعة و دفع معه الأرش، ثم تذكرها و هو في يد المالك ردّ إلى الغاصب ما أخذه منه، لنفي الضرر.

---

١. *المصدر*، ص ١٧٠.

٢. *المصدر*، ص ١٧١.

أمّا لو تجددت صفة غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعة مثلاً، فزادت قيمتها ردها و ما نقص بفوات الأول و في *الجواهر*[١] بلا خلاف أجده بل الاجماع بقسميه عليه. بل لو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغائراً بالنوع للناقص في المرّة الاخرى ضمن الكل... و إن لم‌تكن مغائرة بأن كانت سورة واحدة أو حرفة واحدة علمها إياه مراراً هو ينساها في كل مرّة لم‌يضمن إلّا أكثر المراتب نقصاناً... .

و قال:[٢] ولو زادت قيمة الجارية بتعلم صنعة محرّمة كالغناء ثم نسيته فقيل بعدم الضمان لحرمة الزيادة (و تبعه السيد السيستاني في منهاجه ج٢، ص٢٤٠ في المسألة ٨٤١) و ذهب صاحب الجواهر إلى ضمانها، فان المنافع المحرمة كالغناء و اللعب بآلات القمار غير زيادة القيمة بتعلم العلوم التي يحرم استعمالها كالسحر والموسيقي وغيرهما مما يزيد في القيمة معرفته و إن لم‌يستعمله ولو لانّه قد يحتاج إليه على وجه لا حرمة فيه، و في *المسالك*: و لهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته.

٣. لايضمن من الزيادة المتصلة مالم‌تزد به القيمة كالسمن المفرط في الحيوان الذي لايراد في ذلك، إذا زال و القيمة على حالها أو زائدة، بلا خلاف و لا اشكال كما في الجواهر[٣] إذ المعتبر من هذه الصفات ما له أثر في القيمة دون غيره.

**المسألة الرابعة**: يضمن المشتري ما قبضه بالبيع الفاسد و ما يتجدد من منافعه لقاعدة اليد ـ و بتعبير أدق عندنا بقاعدة الاستيلاء ـ و ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و على كل هو كالعين المغصوبة في هذه الكلام كما في *الجواهر* ايضاً.[٤]

و في *الشرائع*: إن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين

---

١. *المصدر*، ص١٧٣.

٢. *المصدر*، ص ١٧٤.

٣. *المصدر*، ص ١٧٥.

٤. *المصدر*، ص ١٧٦.

تلفه إن لم‌يكن مثلياً لأنّه من المغصوب و ناقشه في *المسالك* بانّه يتم على تفسير الغصب بكونه استيلاء على مال الغير بغير حق. و اما لو اعتبرنا العدوان فيه كما عن الاكثر، لم‌يتم كونه غاصباً إلّا بتقدير علمه بالفساد و جهل البائع، و أمّا مع جهله أو جهلهما فليست يده يد عدوان. و الوجه انّه يضمن القيمة يوم التلف إن لم‌نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، و الا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى.

و استدركه في *الجواهر*[1] بانه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً لما عرفت من انّه القاهر غيره.

أقول: سبق أن ضمان الغاصب من يوم المخالفة لا غيره و لا فرق بينه و بين المشتري المذكور في الحكم و لا دليل على ضمانه بأعلى القيم.

فرع: لو اشترى من الغاصب أحد ضمن العين و المنافع و للمالك الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع على الغاصب بالبدل، رجع الغاصب على المشتري العالم الذي استقر الضمان عليه في يده لعدم الغرور. و إن رجع على المشتري لم‌يرجع على الغاصب لما عرفت،.و في *الجواهر*[2] بل لا رجوع للمشتري يلي الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه إجماعاً عقوبة له، بل في *المسالك* انّ الأشهر عدم الرجوع به مع وجود عينه، بل ادعى عليه فى *التذكرة* الإجماع!

أقول: الحكم خلاف سيرة العقلاء، و مثل هذه الاجماعات لا قيمة لها فله الرجوع، وهو المنقول عن المحقق في بعض رسائله خلافاً لشرائعه، و عن *الروضة* ان الواقع خلاف الاجماع المزبور، و في *الجواهر*: و لا ريب في قوته من حيث القواعد، فلا فرق في جواز رجوع المشتري على الغاصب بثمنه، بين علمه و جهله بالحال و بين بقاء الثمن و تلفه على الأظهر، فيأخذ ثمنه أو بدله.

فرع: على القول الأشهر في المسألة السابقة، إذا كان المشتري جاهلاً بالغصب و رجع المالك عليه، فيرجع هو على البائع بما دفع من الثمن، فإن كانت قيمة العين بقدر

---

۱. *المصدر*.

۲. *المصدر*، ص۱۷۸.

الثمن فهو، و إن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان مذكوران في *الجواهر*.[١]

و قال المحقق في *الشرائع*: و للمالك مطالبته ـ أي المشتري الجاهل ـ بالدرك إمّا مثلاً و إمّا قيمة، و لايرجع بذلك على الغاصب، لانّه قبض ذلك مضموناً، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري.[٢]

وفي *الجواهر*: المشتري غيرمغرور بالنسبة إلى ذلك و يده يد ضمان للشيء مثلاً أو قيمة لو فسد البيع بفساد صيغته و نحوها، كما لا إشكال في عدم رجوعه به و هذا معنى إقدامه على كون العين مضمونة عليه لا ما ذكره. و بقية الكلام في *الجواهر*.[٣] ثم قال المحقق بعد بحثه السابق المختص بالثمن: وأمّا ما يغترمه المشتري مما لميحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة ـ إذ انفقضها المالك ـ فله الرجوع به على البائع الذي هو الغاصب، لأنّه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، وانما جاء الضرر من تغرير الغاصب وكذا القول في أرش نقصانه.

وظاهرهم ـ كما في *الجواهر*[٤] عدم الخلاف فيه معللين له بالغرور الذي هو من السبب المتقضي للضمان مقدما على غيره مما هو أضعف منه.

و قال صاحب *الجواهر*: و هو إن تمّ إجماعاً فذاك، و ان كان للنظر فيه مجال لايخفى عليك وجهه من منع مثله سبباً يقتضي الضمان على وجه يقدم على مباشرة المشتري، مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً.

و على كل يترتب على المسألة المذكورة ما ذكره في *الشرائع* من أنّه لو كان المبيع جارية فاولدها المشتري الجاهل بالغصب كان الولد حراً قطعاً، لأنّه ولد شبهة من الحر

---

١. *المصدر*، ص١٧٩.
٢. *المصدر*، ص١٧٩ و ١٨٠.
٣. *المصدر*، ص ١٨٠.
٤. *المصدر*، ص١٨١.

فيلحق بأبيه و ان غرم قيمة الولد للمالك باعتبار أنّه نماء ملكه وقد أتلفه عليه، و لكن يرجع بها على البائع الغاصب كما في الموثق[١] و لأنّه أقدم على أن يسلم له الولد حراً من غير غرامة.

أقول: الرواية موثقة على تردد ما، ذكرناه في الطبعة الرابعة من «بحوث في علم الرجال»، فلاحظ.[٢]

و أمّا ما حصل للمشتري في مقابلته من نفع كسكنى الدار و ثمرة الشجرة و الصوف و اللبن فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير، لانّه سبب الإتلاف، و مباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة، فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً و أطعمه المالك، و قيل له إلزام أيهما شاء. أما الغاصب فلمكان الحيلولة، و أمّا المشتري فلمباشرة الإتلاف، فإن رجع على الغاصب يرجع هو على المشتري، لاستقرار التلف في يده، و إن رجع على المشتري لم‌يرجع على الغاصب كما قال المحقق. و في *الجواهر*[٣] لما عرفت من كون قرار الضمان عليه و هو المحكي عن الشيخ و ابن‌ادريس. ثم قال المحقق: و الأول أشبه. و علله في *الجواهر* بقوة السبب على المباشر.

و فيه: بل لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور، فأنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض فهو كما لو قدّم طعام الغير و أكله فرجع المالك عليه.

أقول: و في *الجواهر*:[٤] لكن لعل خلافهم هنا يؤميء إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام، و إلا فلا مدخلية لحصول النفع في مقابلته، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم إليه، و مع ذلك جزموا بكون الضمان أو قراره علي الغار، إلى آخر كلام *الرياض* الذي نقله و كلامه؛ فلاحظ.

---

١. *الوسائل*، ج ٥، ب٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الإماء.

٢. *المصدر*، ج ٢١، ص ٢٠٥.

٣. ج ٣٧، ص ١٨٢.

٤. *المصدر*، ص ١٨٣.

**المسألة الخامسة**: إذا غصب حباً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه، فعن الشيخ في غصب خلافه و مبسوطه و ابن‌حمزة في وسيلته: ان الزرع و الفرخ للغاصب، فإن عين المغصوب قد تلفت فلايلزم الغاصب سوى قيميتها أو مثلها، وعن الأكثر انه للمغصوب منه، بل عن الناصرية نفي الخلاف عنها و عن *السرائر* الإجماع عليه، و عن دعاوي الخلاف و عارية *المبسوط* التصريح بما عليه الأصحاب، و لعل هذا المقدار يكفي لمثل المقام و العمدة فهم العرف أن الفرخ من نماء البيض و الزرع من نماء الحب.

و أما استصحاب الملك لهما كما في *الجواهر*[1] فهو ضعيف لاختلاف الموضوع و من شرط الاستصحاب اتحاد الموضوع.

و يمكن أن يستدل على الفتوى بقول صاحب الجواهر: و لذا لا إشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما إلى ذلك من دون غصب، ضرورة كون الاستحالة بالنسبة إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن و نحوه. و زاد: بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعددة، حتى قيل ان الشيخ نفسه من المصرحين بذلك[2] مع انه أولى بصدق اسم التلف عليه... و لايرد النقض بملكية صاحب الانثى ما يتكون من عسب الفحل فيها الذي أقصاه أن يكون استحالة بعد أن عرفت الدليل على ذلك (و ان ولد الحيوان تابع لأمه بسيرة العرف...) مع انه لم‌يصدر من الغاصب فعل به يصيران زرعاً و فرخاً سوى الاحضان و وضع البذر في الأرض من فعل المعدّات و هما غيرصالحين لنقل الملك عن مالكه ضرورة كون ذلك من النماء التابع للملك.

ولو غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلا في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله بل و بعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة، كان للمالك على ما صرح به غيرواحد بل عن رهن *غاية المرام* و *المسالك* نفي الخلاف فيه، لانّه عين ماله. قال في *الشرائع*: ولو

---

١. *المصدر*، ص١٩٨.

٢. فيه نظر و منع تقدم و الحاكم بتلف الثوب هو العرف فالقاطع ضامن.

نقصت قيمة الخل من قيمة العصير ضمن الأرش و في *الجواهر*[١] لوجوب رده تماماً كما صرح به غير واحد، بل في *مفتاح الكرامة*: به صرح الأصحاب.

أقول: عند صيرورة العصير خمراً يضمن الغاصب بدله في ذمته و تخرج الخمر عن المالية شرعاً و يتعلق حق الضامن بالخمر و يصير أولى به من غيره، و كون المالك مع استحقاقه للقيمة أو المثل أولى بالخمر المذكورة لا دليل عليه، بوجه، فهي إمّا حق الغاصب أو لاحق لأحد عليها، فاذا تبدلت خلا صار مالاً، و لكنه ليس ملكاً لأحد، بل إما هو من المباحات لكل من أخذه و استولىٰ عليها، أو هو حق الغاصب في مقابل وجوب دفع البدل إلى المالك. هذا ما خطر ببالي ثم رأيته في *الجواهر* و قال: أن لم‌يتم إجماعاً،[٢] و هذا الاشكال وارد في المثال السابق أيضاً إذا ضمن المالك الغاصب ببدل الحب و قيمة البيض مثلاً بلا فرق.[٣]

إلّا أن يقال بعد إمكان تخليل الخمر و تيسره، كان ضمان الغاصب ببدل العصير حين صيرورته خمراً، معلّقاً على عدم صيرورتها خلّا و إلّا يجب رد الخل مع أرش التفاوت بين العصير والخل، فالخل و إن لم‌يكن مملوكاً لمالك العصير، لكنه متعلق حقه وهو أولى به كما كان كذلك عند كونه خمراً، وقد تقدّم بحثه في بدل الحيلولة أيضاً. نعم إذا أخذ المالك بدل العصير في حين الخمر صارت الخمر متعلقة لحق الغاصب، فلو صارت خلاً بقي حقه عليها، فله أن يتملكه خلافاً للمسالك، حيث حكم بوجوب رد الخل إلى مالك العصير و أخذ البدل من المالك إذا أخذه المالك حين كونه خمراً. قال: كما لو دفعه حيث لم‌يمكنه رد المغصوب لمانع آخر.

أقول: إذا دفع البدل بعنوان بدل الحيلولة إتجه ذلك، و أما إذا دفعه بعنوان بدل العين فلا موضوع لوجوب رد الخل كما احتمله أخيراً في كلامه المنقول في *الجواهر*[٤]

---

١. ج٣٧، ص٢٠٠.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص٢٠٠.

٣. إلّا أن يقال أن دخول الزرع و الفرخ في ملك مالك الحب و البيض قهري بتبعية النماء للأصل نعم للمالك مطالبة الحب و البيض فيضمن الغاصب بدلهما و يملك الفرخ و الزرع.

٤. ج٣٧، ص٢٠١.

و هنا بحث آخر و هو أنّه لو طلب المالك أخذها خمراً مع أخذ البدل ففي لزوم إجابته وجهان؛ من خروجها عن ملكه ومن ثم وجب البدل تاماً و من بقاء الأولوية لإمكان ارادة التخليل، و من ثم عاد إليها قبل دفع البدل و هذا أقوى كما عن *المسالك*[١] لكنه نوع من الجمع بين البدل و المبدل منه. ثم على تقدير إعادتها مع البدل فصارت خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل وجهان أقواهما الثاني لعدم الدليل عليه خلافاً فالمسالك لدليل غير ناهض كما أشار إليه في *الجواهر* أيضاً.[٢]

و في *منهاج الصالحين* للسيد السيستاني: لو غصب خمراً فصار خلاً، قيل كان للمغصوب منه لاالغاصب، ولو غصب حباً فزرعه تخير المغصوب منه بين أخذ الزرع وبين المطالبة ببدل الحب ولو بذل له البدل كان الزرع للغاصب. وهكذا الحال لو غصب بيضاً فاستفرخه أو غصب عصيراً فصار عنده خمراً ثم صار خلاً.[٣]

**المسألة السادسة:** لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع ونماؤه للزارع، وعن التنقيح: عليه انعقد الاجماع اليوم، و في *الجواهر*: قلت: اليوم وقبل اليومين، إذ لمنجد مخالفاً منا... بل هو وفق اصول المذهب و قواعده، ضرورة كون الزرع و الغرس ملك الغاصب و الأرض إنما هي من المعدات كالماء و الهواء و نحوهما.

نعم على الغاصب أجرة الارض و إزالة زرعه و غرسه و أن تضرر بذلك، فانه الذي أدخله على نفسه ويجب عليه أيضاً طم الحفر و أرش الأرض، إن نقصت بالزرع أو القلع بلا خلاف و لا إشكال كما في *الجواهر*.[٤]

ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لميجب علي الغاصب إجابته بلا اشكال ولا

---

١. *المصدر*.

٢. *المصدر*.

٣. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٢٤٥.

٤. ج ٣٧، ص ٢٠٥.

خلاف إلّا من الاسكافي... كل ذلك لتسلط الناس على أموالهم. و كذا لا اشكال في أنّه لايجب على صاحب الأرض قبول أجرة الارض أو قيمتها.

و للمالك منعه من طم الأرض، و لايجوز للغاصب ذلك مع كراهية المالك لحرمة التصرف في مال الغير من غير رضاه.

ثم الضمان يسقط برضى المالك باستبقائها على الأظهر و في الفرع بعض المخالفة لبعضهم[١] هذا كله بحسب القاعدة.

## بحث نقلي

في معتبرة محمدبن‌مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل اكترىٰ داراً و فيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً و أشجاراً و فواكه و غير ذلك، و لم‌يستأمر صاحب الدار في ذلك؟

فقال: عليه الكراء و يقوّم صاحب الدار الأرض و الغرس قيمة عدل و يعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك و إن لم‌يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء و له الزرع و الغرس و يقلعه و يذهب به حيث شاء[٢] و لكن في *الكافي*... و فواكه و غير ذلك و لم‌يستأمر صاحب البستان؟ فقال: عليه الكري و يقوّم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمة عدل فيعطيه الغارس. و ان كان إستأمر فعليه الكري و له الغرس و الزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء[٣] أقول فبالتعارض يتساقطان إلّا ان يدعي الاطمينان - رغم اضبطية الكافي - باشتباه نسخة الكافي لاسيما ان نسخة الفقيه - كما يقال - كالتهذيب وان كان سند الصدوق إلى محمدبن‌مسلم غير معتبر و يؤكد الترجيح قول صاحب الجواهر: أن الاصحاب اعرضوا عن رواية *الكافي*.[٤]

---

١. *الجواهر*، ج٣٧، ص ٢٠٦ و ٢٠٧.
٢. *الوسائل*، ج ٢٥، ص٣٨٧ و *تهذيب*، ج٧، ص ٢٠٦.
٣. *الكافي*، ج ٥، ص٢٩٧.
٤. *الجواهر*، ج٣٧، ص ٢٠٤.

**المسألة السـابعة:** في *الشرائع و الجواهر*[١] إذا حصلت دابة مثلاً في دار لايمكن أن تخرج إلّا بهدم، فإن كان حصولها فيها بسبب صاحب الدار الزم بالهدم و الإخـراج و لا ضمان على صاحب الدابة لوجوب رد المغصوب إلى مالكه، و إن ترتب عليه ضرر اضعاف المغصوب، و إن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم خصوصاً إذا كان بسـبب غصبه الدار بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، وعن *المسالك* عدم الاشكال فـي الحكمين.

لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان إن كان مما يؤكـل و لـم‌يـرض المالـك بالهدم و خصوصاً إذا كان قيمته أقلّ من أرش الهدم... نعم لو لم يكـن الحيـوان ممـا يذبح أمكن القول حينئذٍ بذلك لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.[٢]

ثم قال في *الشرائع*: و كذا إن لم‌يكن من احدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم لمصلحة. و عن *المسالك* نسبته إلى المشهور، بل قيل: لاخلاف فيه بيننا، و أشكل فيه في *المسالك* بان الأغلب اشتراك المصلحة بينهما وقد تكون مختصة بصاحب الدار.[٣]

نعم لو خيف هلاك الدابة بدون الاخراج إتجه وجوبه ومع ذلك، ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر.[٤]

و في *الجواهر*: قلت الذي ينبغي في هذه ونحوها بعد ملاحظة لا ضرر و لا ضـررا و قاعدة الجمع بين الحقين ترجيح الأعظم ضرراً منهما على الآخر، إذا لم‌يكـن عـن تفريط كما هو المفروض، و مع فرض التساوي من كل وجه يرجع إلـى القرعـة أو و إلى اختيار الحاكم... و هكذا في كل حقين تزاحما و لا مرجح لاحدهما ولو من جهة التفريط و عدمه.

---

١. *المصدر*، ص٢٠٧.

٢. الظاهر وجوب الذبح في الأول و الاعدام في الثاني إن لم‌يرض المالك بالهدم؛ بل الظاهر جوازه للغاصب و ان رضي المالك بالهدم إذ لم‌يستلزم اطولية الوقت من زمان الاخراج بالهدم.

٣. اشكال المسالك متجه، فكل من أراد تخليص ماله، عليه مؤنته، وللحاكم توزيع المؤونة عليهما حسما للنزاع.

٤. لا دليل قوي على هذا الوجوب و ان كان الأحوط الإخراج حياً. *الجواهر*، ج٣٧، ص٢٠٨

أقول: نحن ذكرنا تفصيل الكلام حول المثل المعروف و هو إدخال الدابة رأسها في قدر آخرٍ في كتابنا «الارض في الفقه» (ص١٣٩) و ما بعدها و كأنّ المثالين لهما ملاك واحد.

**المسألة الثامنة:** إذا نقل المغصوب إلي غير بلد الغصب لزمه إعادته إن كان مالكه فيه بغير اشكال لتوقف إلا داء و الرد على ذلك. و لو انتقل مالكه إلى بلد ثالث و طلب منه اعادته إليه، لايبعد وجوبه عليه، مع تعلق زيادة المؤنة على المالك جمعاً بين الحقين و يحتمل كونها على الغاصب مقدمة لوجوب الرد ولو كان الرد إلى المكان الجديد حرجياً ففي وجوبه وجهان.

و إذا كان مالكه في غير بلد الغصب وجاء الغاصب ففي *المسالك* تخيير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه و بين أن يأمره بالرد إلى المكان الذي غصبه فيه، لأنّه عاد بنقله، فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك. و ناقشه في *الجواهر* بعدم دليل عليه أن لم‌يكن إجماعاً، بل مقتضى الأصل أو الأصول خلافه. بل ظاهر «تؤدّي» و «الغصب كله مردود» ذلك أيضاً.

قلت: قول *المسالك* أقرب إن كان للمالك حاجة عقلانية في نقله إلى ذلك البلد و الروايتان غيرمعتبرتين.

و في محكي *التذكرة* انه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر، فإن لم‌يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه و أن كان، فاحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل قلت: هو لبناء العقلاء وقاعدة العدل خلافاً *للمسالك* و *الجواهر*.

## خاتمة في مسائل التنازع

١. إذا تلف المغصوب و اختلفا في القيمة فهل يقدم قول الغاصب لانه المنكر كما عن أكثر المتأخرين أو عامتهم أو قول المالك كما عن الشيخ وتحرير العلّامة لصحيح

أبي‌ولاد: فمن يعرف ذلك أي القيمة قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك[١] لكن الالتزام به مشكل جداً فان الخروج عن القاعدة المسلمة برواية صحيحة و ان كان جائزاً لكنه في المقام مخالف للذوق الفقهي، ولو قيل بها فلابد من الاقتصار على موردها و هو قيمة الدواب.

٢. إذا ادّعى الغاصب ما يعلم كذبه كما قال أن ثمن فرس درهم لم‌يقبل لكذبه، و هل يقدّم حينئذٍ قول المالك بيمينه فيلغي قول الغاصب بالكلية بعد ظهور كذبه أو يطالب بما يكون محتملاً، فيقبل منه، الظاهر أن الثاني هو المعتمد المطابق للقاعدة مع قطع النظر عن الرواية السابقة.

٣. لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها، فادعى المالك أنها قبل التلف و الغاصب بعده فالقول قول الغاصب بيمينه، لانّه منكر.[٢]

٤. إذا تلف و ادعى المالك فيه صفة يزيد بها الثمن يقدم قول الغاصب، لأصالة عدمه، و لايوجد فيه خلاف كما قيل، و ينبغي أن يكون كذلك، لأن الرواية أن عمل بها يقتصر عليها في موردها كما مر. و كذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجرة لأصالة عدمه. و مثله لو ادعى المالك تخلل الخمر في يد الغاصب فأنكره فيقدم قوله بيمينه للأصل. ولو ادعىٰ الغاصب تخلله في يد المالك فكذا يقدّم قوله على قول السيد الحكيم و غيره من أن المعيار في المدعي و المنكر هو الغرض دون مصب الدعوىٰ و على المختار من أنّه مصب الدعوىٰ، تدخل القضية في باب التحالف.

٥. لو ادعىٰ الغاصب عيباً ـ متجدداً عند المالك ـ كالعور وشبهه (مما هو عارض بعد الصحة) و أنكره المالك، فالقول قوله مع يمينه، لاصالة الصحة، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً كما في *الشرائع*[٣] و عن الشيخ في فرض الوجود تقديم

---

١. *الوسائل*، كتاب الغصب، ب٧، ح ١.

٢. *الجواهر*، ج٣٧، ص ٢٢٥.

٣. *المصدر*، ص ٢٢٦.

قول الغاصب، فانه غارم، و أمّا في الفرض الثاني فالقول قول السيد بعد دفنه لأنّ الأصل السلامة، و ليس كذلك إذا كان حياً، لانّ العور مشاهد موجود.

و في *الجواهر*[1] التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع إنكار المالك وجود أصل العور، بخلاف ما إذا كان العور محققاً، و لكن لنزاع بينهما في سبقه و لحوقه، و لا أصل يقتضي شيئاً منهما، حتى مع العلم بالتاريخ بناء على ما حققناه في محله... و لكن فيه أن أصالة براءة ذمة الغاصب بحاله حينئذٍ سالم عن المعارض كما جزم به الشيخ (لأنه غارم).

أقول: قوله «و لا أصل يقتضي شيئا منهما»، مبني على مختارنا في كون المعيار في تمييز المدعىٰ و المنكر هو مصب الدعوىٰ. و أمّا بناء على كونه الغرض الأعلىٰ فالغاصب منكر فانّه ينفي الغرامة.

و أصالة السلامة و عدم طرو العيب في يد المالك لا مانع منها كما تمسك بها المحقق و الشهيد الثانيين. و المحسوس من وجوده انما هو في يد الغاصب و معه لا معنىٰ لأصالة براءة ذَمة الغاصب، لكن قال صاحب الجواهر[2] ان أصالة عدم تقدم العيب معارضة بأصالة عدم تقدم الغصب، و أصل السلامة من العيب بعد وجوده الذي هو بمعنىٰ استصحابها إلىٰ حين الغصب ليس هو إلّا أصل عدم تقدم العيب علىٰ الغصب المعارض بمثله. أقول: فتأمل فيه.

٦. إذا باع الغاصب شيئاً أو وهب مثلاً، ثم انتقل إليه بسبب صحيح كميراث و نحوه و لم‌نقل بانّ ملك الفضولي لما باعه إجازة، فقال للمشتري بعتك مالاً أملك و الآن قد انتقل إلى و أقام بينة، هل تسمع بينته؟ قيل: لا، لأنّه مكذب لها بمباشرة البيع الظاهر في أنّه ملكه، و عن جمع سماعها إن اقتصر على لفظ البيع و لم‌يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية. وعدم سماعها إذا قال بعتك ملكي و نحو ذلك، وهذا أقوىٰ من سابقه.

---

١. *المصدر*، ص٢٢٧.

٢. ج٣٧، ص٢٢٨.

٧. لو أقر بغصبية شيء بعد أن باعه و قبل الانتقال إليه بسبب و صحيح و كذّبه المشتري أغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع و إلّا فقيمته... لو فرض زيادة ما قبض من الثمن عن القيمة وجب عليه دسها في مال المشتري كما ذكره صاحب الجواهر[١] و قال: و لكن ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الاجازة إلّا بأقل الأمرين من القيمة و الثمن، لأنّ الأولى إن كانت أقل فليس له غيرها بمقتضىٰ إقراره، و إن كان الثمن أقل فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا بعد عدم تصديق المشتري، كما في *الجواهر*.[٢]

ولو عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه و استرجع ما دفعه، بل صرح بعضهم بأن ما دفعه كان للحيلولة، و مقتضاه بقاء العين على ملك المالك و إن دفع له القيمة كما سمعته في الحيلولة.

ولو كان إقراره في مدة خياره، ففي *القواعد* و غيره إنفسخ البيع لانّه لايملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، إذا الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه و هو ممكن على هذا التقدير، فكان كما أعتق ذوالخيار أو باع.

ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد إلى المقر له و يدفع الثمن إلى بائعه و لو اعتق المشتري العبد لمينفذ إقرارها معاً عليه، حتى يرد عبداً إلى مالكه رقا، لانّه إقرار في حق الغير، و كذا لو باعه على ثالث لميصدقهما لما عرفت، و لو صدقهما العبد بعد عتقه، فالأقرب القبول لعموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم.

٨. إذا مات حيوان مغصوب، فقال الغاصب رددته قبل موته، و قال المالك بعد موته، فالقول قول المالك بيمينه بلا خلاف يوجد كما في *الجواهر*[٣] و عن *الخلاف*: لو علمنا في هذه بالقرعة كان جائزاً... (ولاحظ كلام *السرائر* و غيره حول الرجوع إلى

---

١. *المصدر*، ص٢٣١.

٢. *المصدر*.

٣. ج٣٧، ص٢٣٢.

القرعة في *الجواهر*)[1] و مورد كلام الفقها ـ كما في *الجواهر* ـ العبد، و بدلناه بالحيوان ليكون البحث ذاثمرة.

و كذا لو أقاما بينة متكافئة و سقطتا، فانا لانفرق بين بينة الداخل و الخارج.

أقول: بناء على تمييز المدعى و المنكر بالغرض الأصلي، كان المدعي هو الغاصب فانه يدعي زوال الضمان و المالك يدعي بقاؤه، فقوله مطابق للحجة. و بناء على كونه بمصب الدعوىٰ لا مرجح لقول أحد منهما فيرجع إلى استصحاب الضمان فلاحظ.

٩. إذا اختلف في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه بلا خلاف يوجد[2] بل ادعىٰ في *التذكرة* و *غاية المراد* الإجماع عليه، للقاعدة إذ لو لـم‌يقبـل قولـه لـزم تخليده الحبس لو فرض صدقه. إذ قد يصدق ولا بينة لا... .

و في *الجواهر* بعد كلام: فإن ثبت إجماع فذاك و الّا كان المتجه الحـبس إلـى أن يظهر للحاكم على نحو البينة.

فإذا حلف الغاصب من أول الأمر أو بعد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمة لتعذر العين و لو للحيلولة.

أقول: إذا كان المغصوب مثلياً ـ كما في عصرنا ـ جاز تضمينه من الأول من دون حبس أو يأس بالمثل كما تقدم، بل ولا مجوز للحبس و انتظار اليأس.

١٠. إذا اختلفا على الحيوان من سرج مثلاً بقـدم قـول الغاصـب، لأنّ يـده علـى الجميع و لايعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو الغصب التي حكم بسببها بضمانه للعين و المنفعة.

١١. إذا توقف رد العين المغصوبة على صرف مؤنة قليلة يجب مقدمةً[3] بل يمكـن

---

١. *المصدر*، ص٢٣٣.

٢. *المصدر*، ص ٢٣٥.

٣. في صحيح الحذاء عن الباقر عن رسول الله ﷺ: من اقتطع مال مؤمن غصباً بغير حقه لم‌يزل الله معرضـاً عنـه ماقتاً لأعماله التي يعملها من البر و الخير و لايثبتها في حسناته حتى يرد المـال الـذي أخـذه إلـى صـاحبه. (*الوسائل*، ج١١، ص٣٤٣، الطبعة المتوسطة و لاحظ: *حدود الشريعة*، ج٣، ص٣٦٢).

أن يقال بوجوبه و إن تضرر منه الغاصب، لعدم جريان نفي الضرر في حقه لإقدامه على ذلك، و إنّه امتناني فلايصير سبباً لحرمان المالك عن ماله أو تضرره، بمؤنة الرد، نعم الظاهر وجوب رده إليه في محل غصبه دون محلّ آخر أكثر مئونة.

نعم إذا غصبه من مالكه في سفره مثلاً فرجع إلى منزله و محله و طلب إيصاله إليه فالظاهر لزوم إيصاله إليه هنا لبناء العقلاء عليه لقاعدة العدل. و هكذا الكلام في إيصال المثل أو القيمة بعد تلف العين.

و أما إذا توقف رد العين التي تساوي مائة مثلاً على مئونة كثيرة كألف فلايبعد ضمانه بالقيمة و لو بعنوان بدل الحيلولة لبناء العقلاء عليه و قاعدة العدل، و في المثليات الانتقال إلى ضمان المثل أظهر كما تقدم.

١٢. المتيقن من الرد في المقبوض بالعقد الفاسد هو التخلية بينه و بين مالكه، ولا دليل على وجوب إيصاله إليه، و إن لم‌يكن فيه مئونة. نعم إذا انتقل القابض من بلد القبض إلى بلد آخر فطلب منه إيصاله إليه وجب ذلك عليه لقاعدة الاستيلاء و قاعدة العدل و مؤنة الرد إذا لم‌يكن كثيراً، عليه فإن نقل المقبوض من بلد القبض لم‌يكن بإذن مالكه. نعم لايجب على القابض رده إلى بلد آخر إذا كان أكثر مؤنة، لعدم دليل عليه.

ثم إن كانا في بلد واحد وتوقف الرد على مؤنة فهل هي على القابض أو المالك؟ فصّل الشيخ الأنصاري‌ؒ بين كونها قليلة فعلى القابض و بين ما تكون كثيرة فعلى المالك لأدلة نفي الضرر.

و فصّل النائيني‌ؒ بين ما إذا كانت المؤنة مما يقتضيها طبع الرد فهي على القابض و بين غيره فهي على المالك، و ذلك فانّ الحكم الشرعي إذا اقتضىٰ في نفسه و بحسب جعله مقداراً من الضرر كوجوب الخمس و... كان الحكم تخصيصاً لنفي الضرر، و إذا كان الضرر زائداً على المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم‌يكن ذلك تخصيصاً لأدلة نفي الضرر بل هي حاكمة عليه فمؤنة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال على القابض و الزائد عليه على المالك. و رده تلميذه سيدنا الأستاذ

الخوئي ﷺ بأنّ طبع رد المال لايقتضى مئونة، بل قد يحتاج إليها و رد على نظر الشيخ الأنصاري أيضاً بأن تحمل الضرر مرفوع و لا فرق بين قليله و كثيره إلّا إذا كانت عن القلة بحيث لاتعد ضرراً.[1]

أقول: و المقام بعد محتاج إلى مزيد تأمّل.

١٣. لو مزج المغصوب بما يمكن تمييزه ولو بمشقة وجب تمييزه و رده و أنّ كان المشقة غيرقابلة للتحمل فلايبعد انتقال الأمر إلى البدل إذا صدق انه تألف و يحتمل الشركة إذا لم‌يصدق التلف.

١٤. إذا كان للعين منافع متعددة و كانت معطلة، قيل المدار على المنفعة المتعارفة بالنسبة إلى تلك العين و لاينظر إلى مجرد قابليتها لبعض المنافع الأخرى، فمنفعة الدار بحسب المتعارف هي السكنىٰ و إن كانت قابلة في نفسها لمنفعة أكبر أو أصغر من السكنىٰ ولو تعدد المتعارف فان تفاوتت الأجرة ضمن الأعلى و الا فأجرة واحدة من الأجور المتساوية كما مر.

و قال السيد السيستاني[2] و الظاهر أن الحكم كذلك مع الاستيفاء أيضاً فمع تساوي المنافع في الأجرة كان عليه أجرة ما استوفاه و مع التفاوت كان عليه أجرة الأعلي سواء استوفىٰ الأعلى أو الأدنىٰ.

قلت: هذا في الاستيلاء العدواني ظاهر، و في غيره محتاج إلي تأمّل.

١٥. المغصوب منه إن كان فرداً كاملاً وجب رد المال إلى نفسه أو وكيله، و إن كان قاصراً وجب الرد إلى وليه الخاص أو العام، و إن كان نوعاً ـ كما إذا كان المغصوب وقفاً على الفقراء، وقف منفعة أو انتفاع، فإن كان له متول خاص يرد اليه و إلّا فإلى الحاكم العام الشرعي، و ليس له أن يرد إلى أحد من الفقراء.

نعم في مثل المساجد و الشوارع و القناطر بل الربط إذا غصبها يكفي رفع اليد عنها و بقائها على حالها، بل يمكن أن يكون الحال في المدارس كذلك، فيكفي

---

١. *مصباح الفقاهة*، ج ٣، ص ٢٨٤.

٢. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص ٢٣٢.

التخلية بينها و بين الطلبة التي كانوا فيها حين الغصب مع بقاء عنوان الموقوف عليهم عند الرد و الأحوط لزوماً رد المدارس إلى الولي الخاص إن كان و إلّا فإلى الحاكم الشرعي.

١٦. قيل القيمة التي يضمنها الغاصب في القيميات والمثليات ـ عند تعذر المثل إنّما تحسب بالنقد الرابحُ من الذهب و الفضة المسكوكين بسكة المعاملة و غيرهما من المسكوكات و الأوراق النقدية المتداولة في العصور الأخيرة، فهذا هو ما يستحقه المغصوب منه كما هو كذلك في جميع الغرامات و الضمانات، فليس للمالك و الضامن مطالبة غيره أو دفع غيره إلا بالتراضي بعد مراعاة قيمة ما يدفعه مقيساً إلى النقد الرائج... .

أقول الحكم مطابق لاعتبار العرف في اليوم لكنه غيرثابت في عصر الأئمة عليهم السلام ولا شاهد على ان أهل عصورهم لايدفعون غير المسكوكين بعنوان القيمة، فالحكم نقبله على سبيل الاحتياط.

و أما إذا اختلف النقد الرائج بحسب اختلاف الأمكنة فالعبرة في الأول بنقد مكان المخالفة و الغصب، كما مر و في الثاني ـ أي قيمة المثل المتعذر ـ مكان الرد خلافاً للسيستاني حيث جعل المدار على يوم التلف في كليهما.

وأما إذا اختلف بحسب الأزمنة، فإن كان الاختلاف في النوع بأن سقط النوع الرائج في زمان التلف و أبدل بغيره كان العبرة بالثاني عند السيد السيستاني[1] و إن كان الاختلاف بحسب المالية، بان كان الرائج يوم التلف عند جمع أو يوم المخالفة في الأول و يوم الأداء في الثاني على المختار أكثر مالية منه في يوم الأداء (في الأول) قال السيد السيستاني فالظاهر عدم كفاية احتساب قيمة التالف بما كانت تتقدر به في زمان التلف، بل اللازم احتسابها بما تتقدر في زمن الأداء. ولو انعكس الأمر ففي كفاية احتساب قيمته يوم الأداء بما يساويها مالية في زمن التلف أو لزوم احتسابها بنفس المقدار السابق، اشكال و الأحوط في مثله التصالح.

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص٢٣٨.

أقول: العمدة في نظائر المقام مراعاة قاعدة العدل التي ذكرناها في كتابنا (الأرض في الفقه) و هو مطبوع، فإذا لم‌يوجد دليل خاص فلابد من تطبيق العدل، و لو خاف مفت منه لأجل الشهرة و نحوها فلابد من الإفتاء بالتصالح ولو على نحو الاحتياط.

١٧. لو تعاقبت الأيادي الغاصبة على عين ثم تلفت، ضمن الجميع[١] فللمال لك الرجوع يبدل ماله على كل واحد منهم و على أكثر من واحد بالتوزيع متساوياً أو متفاوتاً حتى انّه لو كانوا عشرة مثلاً له أن يرجع علي كلهم و يأخذ من كل واحد منهم عشر ما يستحقه و له أن يأخذ من واحد منهم النصف و الباقي من الباقين متساوياً أو بالتفاوت.

وفي *الجواهر* بلا خلاف و لاإشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، لأنّ كلّا منهم غاصب مخاطب برد العين أو القيمة، لقوله ﷺ كل غصب مردود، وعلى اليد ما أخذت حتى تودى و قوله تعالى: «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...» «وَ جَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا» و غيرهما مما دل على العقاب بمثل ما عوقب و ان الحرمات قصاص ونحوه.

أقول: الأول ضعيف سنداً[٢] و الثاني غيروارد من طريقنا[٣] و أما الاستدلال بالاثنتين فقد مر بحثهما، على أن معنى جزاء سيئة سيئة، أخذ خذ المثل أو القيمة من غير المستقر عليه الضمان بمقدار مدة أخذه ماله لا مطلقاً (فتأمل) نعم لايبعد دلالة قوله الحرمات قصاص على المقام في من استقر عليه الضمان بل الغاصب الأول أيضاً فتأمل. و الاعتداء مختص بفرض العلم دون الجهل أو السهو.

لكن الحكم كأنّه مسلم في الفقه و في حكم المغصوب المقبوض بالعقد الفاسد.

و عن الأردبيلي التردد أو الميل إلى عدم الرجوع علي الجاهل المغرور الذي لم‌يعلم اندراجه في خبر «على اليد ما أخذت حتي تؤدي» الذي لم‌تثبت حجة و لايصححه عمل المشهور خلافاً لصاحب الجواهر.

---

١. لقاعدة الاستيلاء (اليد) من دون فرق بين جهل المستولي وعلمه.

٢. *الوسائل*، ب ١ من ابواب الانفال، ح ٤.

٣. سنن *البيهقى*، ج ٦، ص ٩٥.

و لان الجاهل غيرعاد، فلايصدق عليه الغاصب، لكن موضوع الحكم تكليفاً و وضعاً ليس خصوص الغاصب. نعم لايصدق في حق الجاهل و الساهي، الإستيلاء العدواني.

ثم الجمع بين الحكم باستقرار الضمان على من اتلف أو تلف عنده و قاعدة رجوع المغرور على الغار محتاج إلى بحث مذكور في *الجواهر*.[1]

١٨. لو صبغ المغصوب من شخص بصبغ مغصوب من آخر، فإن كان الباقي فيه عرضاً لاجرماً، ضمن لمالك الصبغ بدله. و إن كان الباقي جرماً عرفاً كالاصباغ الدهنية المتعارفة في طلي الأخشاب و الحديد مثلاً فله مطالبته بالبدل فإن بذل له صار الصبغ ملكاً للغاصب. فإن أمكن إزالته فللناصب إزالته و ليس للمالك منعه.

نعم للمالك إلزامه بها، ولو ورد بسببها نقص على المصبوغ المغصوب ضمنه الغاصب، و إن لميمكن إزالة الصبغ أو تراضياً على بقائه فالظاهر اشتراكهما في مالية المغصوب بالنسبة. فلو كان التفاوت بين قيمته مصبوغاً و قيمته غيرمصبوغ بنسبة السدس (مثلاً)، كان اشتراكه مع المالك في ماليته بهذا النسبة. و إن لمتزد القيمة فإن نقصت بذلك ضمن الغاصب النقص، و مع التساوي لا شيء للغاصب ولا عليه.

هذا حال الغاصب مع مالك المصبوغ المغصوب، و أما مع مالك الصبغ، فإن كان الباقي فيه عرضاً لاجرماً ضمن لمالك الصبغ بدله من المثل أو القيمة و إن كان الباقي جرماً فله ما طلبته بالبدل، فإن بذل له صار الصيغ ملكاً للغاصب فيجزي عليه ما تقدم في المسألة السابقة، و إن لميطالب بالبدل و اتفق مع مالك المصبوغ على بقاء الصبغ اشترك في ماليته بالنسبة، و له أن يأخذ من الغاصب ما به التفاوت بين حصته منها و بين قيمة الصبغ قبل الاستعمال إن وجد، هذا إذا أردت قيمة المغصوب بصبغة ولو نقصت ضمن الغاصب النقص يضمن بدل الصبغ لمالكه. ذكره السيد السيستاني.[2]

---

١. ج٣٧، ص ٣٥ ـ ٣٦.

٢. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص٢٤٣.

و هنا شق آخر لم‌يذكره هذا السيد وهو مطالبة مالك الصبغ بعين صبغه إذا كان قابلاً للإزالة مع الأرش إن نقص. الظاهر أن ذلك له.

١٩. لو مزج الغاصب المغصوب بغيره أو امتزجا في يده بغير اختياره وعد المزيج موجوداً واحداً لا خليطاً من موجودات متعددة، فإن كان المزج بجنسه و كانا متماثلين ليس أحدهما أجود من الآخر ولا أردأ تشاركا في المجموع بنسبة مالهما و ليس علي الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة، بل الذي عليه هو عدم التصرف فيه إلّا برضا المغصوب منه، و القبول بإفراز حصته منه و تسليمها إليه لو كان مطالباً بذلك كما هو الحال في سائر الأموال المشتركة.

و ان مزج المغصوب بما هو أجود أو أردأ منه فللمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدل ماله. وله ان يقبل بالمشاركة في الخليط بنسبة المالية.

و ان مزجه بغير جنسه، فان كان فيما يعدّ معه تالفاً كما إذا مزج ماء الورد المغصوب بالزيت ضمن و ان لم‌يكن كذلك كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو خلط الخل بالعسل فالظاهر انه بحكم الخلط بالأجود أو الاردأ من جنس واحد فيتخير المغصوب منه بين أخذ البدل و بين الرضا بالاشتراك في العين بنسبة المالية.[1]

٢٠. يضمن المسلم للذمي الخمر و الخنزير بقيمتهما عندهم مع الاستتار، وكذا يضمن للمسلم حق اختصاصه فيما إذا استولى عليهما لغرض صحيح كالتخليل و استعمالهما دواء.[2]

٢١. جميع ما مر من الضمان و كيفيته و أحكامه و تفاصيله جارية في كل يد جاريته على مال الغير بغير حق و إن لم‌تكن عادية و غاصبة (لبناء العقلاء) إلا في موارد الأمانات المالكية أو الشرعية كما حرر في كتاب الوديعة فتجري في جميع ما قبض بالمعاملات المعاوضية الفاسدة و ما هي بحكمها و ما وضع اليد علبه بسبب الجهل و الاشتباه.

---

١. *المصدر*، ص ٢٤٤.

٢. *المصدر*، ص ٢٤٥.

أقول: تقدم منا الترديد في بعض المقامات كالرجوع على القـابض الجاهـل بنـاء على اعتبار العدوان في الاستيلاء الموجب للضمان. و كالمنافع الفائتة و الله العالم.

٢٢. الضمان يجري في المقبوض من الأموال عيناً كانت أو منفعة. و أمـا إذا كـان من الحقوق فيجري في بعض مواردها كحق الاختصاص و لايجري في بعضها الآخر كحق الرهانة.[١]

٢٣. عن الدروس كما في *الجواهر*[٢] ولو أثبت يده على مسجد أو رباط و مدرسة، على وجه التغلب و منع المستحق، فالظاهر ضمان العين و المنفعة.

و قد يشكل الضمان في المسجد و نحوه من المشاعر مما لم‌تكن المنفعة فيه ملكاً للناس و ان ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعة فلا مالية حينئذٍ حتى يتجه الضمان و إن تحقق الغصب في مثله. و أما ما كان ملكاً للمسلمين أجمع و نحوها فـلا بـأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعة. انتهى كلامه.

أقول: و لايخلو الاشكال عن وجه.

---

١. *المصدر*، ص٢٤٧.

٢. ج٣٧، ص٣٢.

[المقصد الثالث]

# موجبات الضمان في باب الديات

# موجبات الضمان في باب الديات

البحث فيه إمّا في المباشرة أو التسبيب أو تزاحم الموجبات.

أما الاولي فضابطها كما في *الجواهر* و متنها: صدق نسبة الاتلاف إليه ولو بإيجاد علته، لامع القصد إليه و إلّا لاقتضت القصاص.

و ضابط الثاني: ما لولاه لما حصل التلف، لكن علة التلف غيره كحفر البئر و نصب السكين و القاء الحجر، فإن التلف عنده بسبب العثار كما ذكر المحقق ﷺ وقال في كتاب الغصب: هو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير ملكه وكطرح المعائر في المسالك.[1]

## البحث الأوّل: في المباشرة

فالبحث الأول في المباشرة و فيه مسائل:

١. يضمن الطبيب ما يتلف بعلاجه مباشرة في ثلاث صور:

أ) إذا عالج بغير إذن المريض أو وليه.

ب) إذا كان قاصراً غير حاذق.

ج) إذا قصر في العلاج.

و الظاهر كما يظهر من *الجواهر* عدم الخلاف في ضمانه، فان سبب الضمان - و هو الإتلاف - محقق، و الاذن في العلاج غير الإذن في الإتلاف، فالمانع مفقود.

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص٤٣ و ٩٥.

و منه يظهر ضمانه إذا فرض مأذوناً و حاذقاً غيرقاصر في العلم والعمل ـ أي معرفة الكبرىٰ و التشخيص (التداوي أو العملية) ـ خلافاً لابن‌ادريس حيث نفي الضمان حينئذٍ. عبارته في *السرائر* كتاب الحدود باب النفوس وغيرها: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من ولي من يطبّبه أو صاحب الدابة و إلّا فهو ضامن إذا هلك بفعله شيء من ذلك.

هذا إذا كان الذي يجني عليه الطبيب غير بالغ أو مجنوناً، و اما إذا كان عاقلاً مكلفاً و أمر الطبيب بفعل شيء ففعله على ما أمر به فلايضمن الطبيب، سواء أخذ البراءة من الولي أم لم‌يأخذها، و الدليل على ذلك ان الأصل براءة الذمة، و الولي لايكون الا لغير المكلف، فإمّا إذا جنىٰ على شيء و لم‌يؤمر بقطعه و لا بفعله فهو ضامن، سواء أخذ البراءة من الولي أم لم‌يأخذها.[١]

و جوابه ما مرّ من أن الإذن في العلاج غير الإذن في الاتلاف الذي هو سبب الضمان، و لذا أفتىٰ بضمانه جماعة، على أن أخير كلامه لايخلو من إجمال.

بقيت في المسألة فروع:

أولها: قد يقال بعدم ضمان الطبيب القاصر المعلوم قصوره للآذن بسبب الاذن، بناء على سقوط الضمان بالإذن بالجناية أو في العلاج و إن ترتب التلف عليه.[٢]

هذا الإذن إن أثر فإنّما يؤثر في الحكم التكليفي و هو جواز علاج بعض الأمراض الطفيفة دون المهلكة في فرض اشتباه القاصر، و دون الأمراض الخطيرة كالعمي و الشلل و قطع الاركان، لا في الحكم الوضعي، فانّ الإذن في العلاج غير الإذن في الاتلاف.

ثانيها: إذ أخذ البراءة في علاج الحيوان من ضمانه إذا أدى إلى تلفه، فلا اشكال في عدم الضمان[٣] فإن مثل هذا الاتلاف لايكون سبباً للضمان عند العقلاء و الروايات

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص ٤٦.

٢. *المصدر*، ص ٤٥.

٣. و ما قيل من انه سقوط ما لم‌يجب فقد مر جوابه.

منصرفة عنها، و الناس مسلطون على أموالهم، وإذا جعل الطبيب براءته شرطاً في ضمن عقد الإجارة فلا شك في نفي الضمان، لانّ المسلمين عند شروطهم.

و يؤيده رواية السكوني: «من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلّا فهو ضامن» لكنها ضعيفة السند.[١]

ثالثها: إذا كان اذن المريض غير متيسر و كان مرضه غيرهيّن فعالجه طبيب لمجرد الإحسان أو كان مهلكاً فكان العلاج واجباً لوجوب حفظ النفس فاتفق موته أو تلفه مع حذافته و عدم تقصيره و قصوره، فهل هو ضامن أو لا؟ أو يفصل بين الأول فيضمن، والثاني فلايضمن و مثله ما إذا أخذ متاع غيره فحمله للإحسان و الاعانة، فسقط من غير تقصير، فانكسر أو تلف، يمكن أن يقال بعدم الضمان لنفي السبيل على المحسنين.

نعم يجري هذا الكلام في الطفل والزوجة إذا ماتا بعد الضرب تأديباً إلّا أن يقال باستثناء النفوس لبعض الروايات كقول الباقرعليه السلام في صحيح محمدبن‌مسلم: فإن على الامام أن يؤدي إلىَ اولياء المقتول من الدية بقدر ما أعتق من المكاتب و لايبطل دم امرئ مسلم[٢] و قول عليعليه السلام في الصحيح: لايبطل دم امرئ مسلم.[٣]

رابعها: انه لايضمن الطبيب ـ في موارد ضمانه ـ شيئاً إذا لم‌يعلم الحال لاحتمال الموت بغير علاج كما ذكره في الجواهر أيضاً.[٤]

خامسها: إذا لم‌يتول الطبيب العلاج بنفسه، بل قال: أظن أن هذا الدواء نافع لهذا الداء أو لو كنت انا لفعلت كذا و نحو ذلك، مما لم‌تكن فيه مباشرة منه، و ان فعل المريض العاقل المختار أو وليه ذلك اعتماداً على قوله فلايضمن للاصل.

سادسها: يجوز التداوي و ان احتمل الهلاك، ففي صحيح يونس‌بن‌يعقوب قال:

---

١. *الوسائل*، باب ٢٤، من أبواب موجبات الضمان، ح١.

٢. *المصدر*، ب ٤، من ابواب القصاص، ح٢.

٣. *المصدر*، ب٢، من أبواب دعوي القتل و ما يثبت به، ح١.

٤. *الجواهر*، ج٤٣، ص٤٩.

قلت لابي‌عبدالله‌عليه السلام الرجل يشرب الدواء ويقطع العرق و ربما انتفع به؟ و ربما قتله، قال: يقطع و يشرب.[١]

و الأحوط لزوماً أخذ مشورة الطبيب الحاذق أيضاً.

سابعها: استفاد صاحب الجواهر من الروايات غيرالمعتبرة سنداً عدم اعتبار الاجتهاد في علم الطب، بل يكفي للمداوي المداوى بالتجريبيات العادية و نحوها مما جرت السيرة و الطريقة به، و خصوصاً للعجائز و الأطفال و غير ذلك.[٢]

أقول: هذا في التداوي بالحشائش لا بأس به كما في عصره‌ و أما في مثل عصرنا من غلبة التداوي بالأدوية الكيمياوية الخطرة فلابد من اعتبار الاجتهاد في الطبيب، إلّا أن يرض المريض بغيره في الأمراض غيرالخطرة.

٣. لو انقلبت الظئر ـ أي العاطفة على ولد غيرها و المرضعة له ـ النائمة فقتلت الصبي، فقيل: لزمتها الدية في مالها ان طلبت المظائرة الفخر، و على العاقلة إن كانت للضرورة، للخبر عن الباقرعليه السلام أيما ظئر قوم قتلت صبيالهم و هي نائمة فانقلبت عليه فقتلته، فإنّ عليها الدية كاملة من مالها خاصة، إن كانت إنما ظئرت طلباً للعز و الفخر، و إن كانت انما ظئرت من الفقر فالضمان على عاقلتها[٣] و للخبر أسانيد غيرمعتبرة و هو غيرمنجبر بفتوىٰ المشهور ظاهراً و عن المحقق‌: لابأس أن يعمل الانسان بها لاشتهارها بين الفضلاء من علمائنا.[٤]

و لعله يريد به روايتها في *الكافي* و *التهذيب* و *الفقيه* و *المحاسن*، و فيه نظر لانتهاء جميع الأسانيد إلى محمدبن‌اسلم الجبلي و عبدالرحمن‌بن‌سالم المجهولين و لايحصل الاطمئنان لأجلهما بصدور الرواية عن الباقر و الرضاعليهما السلام.

نعم سند المحاسن معتبر ظاهراً و عليه اعتمد السيد الاستاذ الخوئي‌ في فتواه

---

١. *الكافي*، ج٨، ص ١٩٤.

٢. *الجواهر*، ج٤٣، ص ٥٠.

٣. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٦٦، ب٢٩، من ابواب موجبات الضمان.

٤. *الجواهر*، ج٤٣، ص ٨٦.

بمضمونه و ليس فيه هذان المجهولان. لكنا لانعتمد على نسخة كتاب المحاسن الموجودة و على فرض الاعتماد بعد اشتمال سند *الكافي* و *التهذيب* عليهما يظن سقوطهما في سند المحاسن. فالأرجح انه لا فرق في الحكم بين النائم و النائمة و لا بين الظئر و غيرها.

و اعلم ان في النائم ـ غير الظئر ـ إذا أتلف نفساً أو فرفاً بانقلابه أو بحركته أو بغير ذلك من أحواله أقوالاً و احتمالات:

أولها: انه يضمن الدية في ماله كما عن جمع، و استدل له ابن‌ادريس بان الأصحاب بأجمعهم يوردون ذلك في باب ضمان النفوس وذلك لاتحتمله العاقلة بلا خلاف. و فسره سيدنا الاستاذ الخوئي‌ﷺ[1] و صاحب الجواهر[2] بان قتل النائم باعتبار ارتفاع الاختيار عنه من باب الاسباب التي ضمانها عليه دون العاقلة ثم رده بعدم الدليل عليه ما لم‌يستند القتل إليه بالاختيار لعمد أو شبه عمد أو خطأ محض، لوضوح ان مجرد كونه سببا له، لايوجب الضمان بدون تحقق ذلك (أي الفعل الاختياري) فلايتم ذكر الأصحاب ذلك في ضمان النفوس و في *الجواهر*: (ان إيراد الأصحاب لذلك في ضمان النفوس لم‌يبلغ حد الاجماع الكاشف).

ثانيها: انه يضمن عاقلته، كما عن جمع آخر منهم المحقق و صاحب الجواهر، فان القتل المذكور من الخطأ المحض، باعتبار عدم القصد منه إلى الفعل و لا إلى القتل.

ثالثها: ما استقر به السيد الأستاذ الخوئي‌ﷺ من نفي الضمان رأساً و أنه لادية على النائم و لا علي عاقلته، و دليله أنّ القتل الخطأ هو العمد في الفعل بأن يريد شيئاً و يصيب غيره أو من اعتمد شيئاً و أصاب غيره، و المفروض انتفاء لقصد هنا.

فالمرجع اصالة عدم الضمان. قال و يؤكد ذلك ما يأتي في ما إذا سقط انسان من

---

١. *مبانی تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٢٣.
٢. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ٥٢.

شاهق على آخر بغير اختياره فقتله، من الروايات على عدم ثبوت الدية على الساقط و لا على بيت المال. و ما نحن فيه من هذا القبيل.[۱]

أقول: في صحيح ابن‌الحجاج:[۲] انما الخطأ ان يريد الشيء فيصيب غيره.

و في الصحيح عن الصادق عليه السلام: العمد كل ما اعتمد شيئاً فأصابه بجديدة أو بحجر أو بعصا أو بركزة فهذا كله عمد، و الخطأ من اعتمد شيئاً فاصاب غيره.[۳]

و في صحيح أبي‌عباس و زرارة بسند الفهرست: و الخطأ أن يتعمده و لايريد قتله يقتله بما لايقتل مثله، و الخطأ الذي لا شك فيه أن يتعمد شيئاً آخر فيصيبه.[٤] و في صحيح الفضل‌بن‌عبدالملك ـ بطريق الصدوق عن الصادق عليه السلام... سألته عن الخطأ الذي في الدية و الكفارة؟ أهو أن يعتمد (يتعدّ ـ كا) كضرب رجل و لايعتمد قتله؟ فقال: نعم... .[٥]

و أما الروايات التي أكد بهما السيد الاستاذ الخوئي فهي مذكورة في الباب ۲۰ من أبواب القصاص في النفس، في *الوسائل* و ان كان أول الروايات (في الباب ۲۱) ينافي الحكم فانها يدل على تعلق الدية بالمدفوع الذي لا فعل اختياري له، ولو ابتداءً لكنه يشكل الاعتماد عليها.

رابعها: احتمال كون الدية في بيت‌المال المسلمين و على الإمام لما مر في الفرع الثالث في المسألة السابقة من أنّ دم إمرئ مسلم لايذهب هدراً.

ورده السيد الاستاذ[٦] بان الروايتين لاتشملان ما كان الموت بقضاء الله وقدره، من دون أن يستند إلى اختيار شخص، كما إذا أصار الريح ـ مثلاً ـ رجلاً على سطح فوقع على إنسان فقتله، فانه لا دية على عاقلته و لا على نفسه و لا على بيت‌المال.

---

۱. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، ص ۲۲۳.
۲. *الوسائل*، ج ۲۹، ص ۳٦.
۳. *المصدر*، ح ۳.
٤. *المصدر*، ص ٤۰، ح ۱۳.
٥. *المصدر*، ص ۳۸، ب ۱۱ من ابواب القصاص في النفس، ح ۹.
٦. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، ص ۲۲۳.

أقول: قول الأستاذ لايخلو عن وجه، و لا أدري هل يقول به بهذا في باب الدية فقط، أو في كل موارد قاعدة الاتلاف حتى الأموال؟ الظاهر الفرق بين المقامين كما يأتي في المسألة الخامسة.

٤. إذا اعنف الرجل بزوجته جماعاً، قبلاً أو دبراً أو ضمها بعنف فماتت الزوجة فلا قود، ولكن يضمن الدية في ماله. وكذا الزوجة تضمن الدية في مالها إذا اعنفت بزوجها فمات. لأنّه من شبه العمد. مضافاً إلى صحيح سليمان بن خالد - على المشهور - عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل اعنف على المرأة فزعم أنها ماتت من عنفه؟ قال: الدية كاملة و لايقتل الرجل.

و رواه الصدوق عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم و غيرواحد عنه. و السند صحيح.[1]

قلت: الظاهر عدم اختصاص الحكم بالزوج و الزوجة، بل يجري في غيرهما من النساء و الرجال و لو حراماً.

لكن إذا علم الرجل ان الوطء يهلكها فهو عمد يوجب القود وكذا إذا ضمها أو ضمته بقصد القتل أو مع العلم بأنّ مثل هذا الضم العنيف مهلك. و الحديث السابق منصرف عنه.

٥. المشهور - ظاهراً - ان من حمل على رأسه - مثلاً - متاعاً فكسره أو أصاب به انساناً ضمن جنايته عليه و على المصاب به، و إذا دفعه غيره فالضمان على الدافع كما قيل. أقول: مقتضى القاعدة ما ذكره كاشف اللثام[2] من أنّه انما يضمن المتاع مع التفريط أو كونه عارية مضمونة و نحو ذلك، و انما يضمن المصدوم غيرالانسان في ماله، و الانسان إذا تعمد الصدم دون الاتلاف و لم يكن متلفاً غالباً، و إلّا فهو إمّا متعمد، عليه القصاص أو مخطئ محض على عاقلته الضمان.

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٦٩، باب ٣١ من أبواب موجبات الضمان.

٢. *مبانى تكملة المنهاج*، ج٢، ص٢٢٣.

و قد تبعه في هذا التفصيل الشهيد الثاني في مسالكه،[١] و من كلامه: و أما المتاع المحمول فيعتبر في ضمانه ـ ولو كان لغيره ـ التفريط، إذا أميناً عليه كغيره من الأموال.[٢]

و لعل قيد الأمانة في كلامه ناظر إلى مقام الاثبات دون الثبوت. ثم انّه لا فرق بين الحمل على الرأس و الظهر، و الأخذ باليد و الحمل على الحمار و السفينة و السيارة و الطائرة و القطار و غيرها. هذا حسب القاعدة، و أمّا الروايات فهي على أقسام:

الأول: ما يدل على عدم الضمان بإقامة البينة، و ثبوته بعدمها، نفي صحيح الحلبي[٣] عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام في حمّال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهب أو اهرق أو قطع عليه الطريق، فان جاء عليه ببينة عادلة انه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شيء وإلّا ضمن. وفي رجل حمل معه (مع ـ كا) رجل في سفينة طعاماً فنقص، قال: هو ضامن، قلت (له) انه ربما زاد؟ قال: تعلم انه زاد (فيه ـ فقيه) شيئا؟ قلت: لا، قال هو مالك.

وهذا الذيل (وفي رجل...) روي في *الكافي* (ج ٥، ص٢٤٣) و *التهذيب* (ج٧، ص٢١٧) بسند صحيح. أيضاً عن الحلبي. (*جامع الاحاديث*، ج ٢٤، ص٩٢).

و لعل عدم ذكر البينة لأجل سكوت صاحب السفينة و عدم ادعاء له في مقابل دعوى المالك، فلو ادعى شيئاً يطالبه المالك بالبينة على مدعاه و صدر الخبر قرينة على تقيد الذيل بالبينة.

و في صحيح آخر للحلبي عنه‌عليه‌السلام[٤] سئل عن رجل (جمال ـ كا) استكرى منه إبل و بعث معه بزيت إلى أرض، فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق، فاهراق ما فيه، فقال: انه ان شاء أخذ الزيت و قال: انه انخرق و لكنه لايصدق إلّا ببينة عادلة.[٥] و يدل عليه

---

١. ج٢، ص٤٩٠.

٢. *الجواهر*، ج٤٣، ص ٥٥.

٣. من *لا يحضره الفقيه*، ج٣، ص١٦١.

٤. *كافي*، ج ٥، ص٢٤٣ و *تهذيب*، ج٧، ص٢١٨.

٥. *جامع الاحاديث*، ج ٢٤، ص٩٢.

أيضاً صحيح ثالث للحلبي الذي رواه المشائخ الثلاثة بأسانيدهم المعتبرة عن الصادقعليه السلام في الغسّال و الصباغ ما سرق منهما من شيء فلميخرج منه على أمر بين انه قد سرق، فكل قليل أو كثير (فهو ضامن ـ يب) فإن فعل فليس عليه شيء و إن لميفعل (و ـ يب) لميقم البينة و زعم انه قد ذهب الذي ادعى (عليه ـ كا ـ يب) فقد ضمنه إن لميكن له بينة على قوله.

و المتن فيه نسخ مختلفة و لايخلو عن تشويش و زاد في *التهذيب*: و عن رجل استأجر اجيراً فأقعد على متاعه فسرق، فال هو مؤتمن.[١]

و صحيح أبيبصير بسند الفقيه فقط، عن الصادقعليه السلام: سألته عن قصار دفعت إليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه. قال: فعليه أن يقيم البينة ان ذلك سرق... و إن سرق مع متاعه فليس عليه شيء.[٢]

و يؤيدها بعض الاخبار غيرالمعتبرة سنداً.[٣]

و محصل الروايات عدم الاعتناء بقول الأجير و الحمال و نحوهما، فان ادعى أحدهم ذهاب المال بغيرتفريط فلابد له من أقامة البينة على دعواه و إلّا فهو ضامن و المستفاد منها عدم الضمان من دون تفريط و لابد من حمل ذيل خبر *التهذيب* (و عن رجل استأجر اجيراً...) على غيره جمعاً.

و التخصيص احتمال بعيد. و اما إذا كان دعوي الأجير واضحة كما إذا كانت الاجزاء المنكسرة في المحمول مشهوداً فهل يقبل قوله في عدم التفريط ولو بيمينه أو لابد من اقامة بينة و الّا فيضمن؟ فيه وجهان:

الثاني: ما دل على ضمان العامل المشترك كخبر زيد الذي في سنده إشكال عن آبائه... كل عامل مشترك إذا افسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال الذي يعمل

---

١. *المصدر*، ص۹۸.

٢. *المصدر*، ص۹۹.

٣. *المصدر*، ص۹۳.

لي و لك و كذا.[١] و يؤيدها خبر مسمع[٢] و فيه: إلّا من سبع أو غرق... و الأحسن عدم الاعتناء بهذا القسم لعدم قوة سنده.

الثالث: ضمان العامل مطلقاً كصحيح داودبن‌سرحان ـ بسند *الفقيه*[٣] ـ تارة إلى البزنطي و أخرى إلى داود نفسه و كلاهما معتبر و كذا بسند *التهذيب*[٤] إلى محمدبن‌علي‌بن‌محبوب عن ابن‌أبي‌نصر عن داودبن‌سرحان. و لايضر بصحة الخبر وقوع سهل في سند *الكافي* و سند آخر *للتهذيب*[٥] كما توهم ـ عن أبي‌عبدالله‌عليه السلام في رجل حمل متاعاً على رأسه فاصاب انساناً فمات أو انكسر منه (شيء ـ يب) هو ضامن[٦] و يؤيده خبر غير معتبر سنداً و بناء على رجوع الضمير في (منه) الى انسان فالرواية لاتشمل ضمان الأموال و هذا الاحتمال غير بعيد.

و في صحيح الحلبي عن الصادق‌عليه السلام: و كان أميرالمؤمنين يضمن القصار و الصائغ ـ احتياطاً للناس ـ و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً.

و في معتبرة أبي‌بصير عنه‌عليه السلام: كان علي يضمن القصار و الصائغ، يحتاط به على أموال الناس و كان أبوجعفر يتفضل عليه إذا كان مأموناً.[٧]

بناء على انه‌عليه السلام يتفضل عليه في عمله الشخصي لا في فتواه حتى يكون مخالفاً لأميرالمؤمنين‌عليه السلام لكن التفضل لايناسب اختصاصه بالأمين فقط، فلاحظ و يمكن حمل تفضله على الاستحباب. و علي كل تحمل هذه الطائفة على الطائفة الاولي جمعاً فتأمّل.

---

١. *المصدر*.

٢. *المصدر*، ص ٩٥.

٣. من لا يحضره *الفقيه*، ج٣، ص١٦٣.

٤. *التهذيب*، ج٧، ص٢٢٢.

٥. *المصدر*، ج١٠، ص٢٣٠.

٦. جامع *الاحاديث*، ج٢٤، ص ٩٦.

٧. *المصدر*، ص٩٩.

الرابع: في معتبرة جعفربن‌عثمان بسند المشائخ الثلاثة[١] حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمال، فذكر ان حملاً منه ضاع فذكرت ذلك لابي‌عبدالله‌عليه‌السلام فقال أتتهمه؟ قلت لا قال فلاتضمنه[٢] و تؤيده جملة من الروايات غير المعتبرة سنداً و تدل عليه أيضاً مكاتبة الصفار المعتبرة سنداً بطريق الشيخ والصدوق[٣] فانها فصلت بين المأمون و غيره في الضمان في القصار و ان دفعه إلى قصار آخر.

و كذلك صحيحة أبي‌بصير عن الصادق‌عليه‌السلام لايضمن الصائغ و القصار و لا الحائك الّا أن يكونوا متهمين فيخوف[٤] بالبينة و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً[٥] و في رجل استأجر (الرجل يستأجر ـ فقيه) حمالا فكسر الذي يحمل عليه أو يهريقه؟ قال: (على نحو في العامل ـ يب) إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غيرمأمون فهو ضامن.

الرواية بتمامها مذكورة في الفقيه و ذيلها مذكور في *الكافي* و *التهذيب* مع اختلاف في بعض الكلمات و السند فيها معتبر.

أقول: يمكن تقييد اطلاق الطائفة الاولى بهذه الطائفة وان تكليف الحمال بالبينة انما هو في فرض اتهامه وعدم كونه مأموناً فتأمل فيه.

الخامس: ما دل على نفي الضمان مطلقاً كصحيح معاوية المروي في *التهذيب* عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام: سألته عن الصباغ و القصار قال: ليس يضمنان.[٦]

و في صحيح داودبن‌سرحان المروي في *الفقيه*[٧] و في نسختي (ج ٤، ص١١١ و١١٢ برقم ٥٢٢٢) في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب انساناً فمات أو انكسر منه فقال: هو مأمون.

---

١. *المصدر*، ص ٩٤.

٢. *المصدر*.

٣. *المصدر*، ص١٠١.

٤. في نسختي من *الفقيه*: فيجيؤون بالبينة (فيخوف) ويستحلف لعله يستخرج منه شيء (ج٣، ص٢٥٧).

٥. *التهذيب*، ج٧، ص٢١٨.

٦. *جامع الاحاديث*، ج ٢٤، ص ١٠٠.

٧. من لا *يحضره الفقيه*، ج ٤، ص ٨٢.

قلت: الظاهر انّه يتحد مع الرواية الأولىٰ في القسم الثالث و إن لم‌أجده أنا في *الفقيه*، لكن في نقل *الوسائل* و *جامع الاحاديث* كفاية. فيدور الأمر بين اشتباه احدى النسختين في *الفقيه* و يمكن أن نرجع الاولى (ضامن) على الثاني بوجهين:

أولهما مطابقته لنسخة *الكافي* و *التهذيب*.

ثانيهما: ان كلمة (مأمون) لاتتناسب المصاب المقتول و ليس القاتل مأموناً في حقه إذا كان القتل مستنداً إلى فعله ولو خطأ و انما تناسب الفقرة الثانية و هي انكسار المحمول بناء على رجوع الضمير في (منه) الى المحمول دون انسان و الله العالم.

و لابد من الجمع بين الروايات المتقدمة، والمتيقن من هذا الجمع حمل المطلقات على المقيدات. على ما عرفت. فالضمان متوجه إلى الأجير المتهم إن لم‌يقم بينة على دعواه و لم‌تستبن في حد نفسه و إذا شك في تفريطه بعد احراز أمانته[١] أو مع عدمه و عدم الاتهام ففيه وجهان فلاحظ.

و أما في الدية فإن ثبت ان القتل بفعله فحكمها ثابت على نحو ما تقرر في القتل سهواً أو عمداً أو شبيهاً بالعمد. و إن لم‌يثبت فلايبعد الرجوع إلى أصالة عدم استناد القتل إلى فعله، إذ لا مانع منها و مع الغض عنها يجري استصحاب الحكم و هو إصالة عدم الضمان و مع عنه فاصالة البراءة عنه. و من جميع ذلك يظهر الاشكال على السيد الأستاذ الخوئي.[٢]

٦. من صاح على أحد فمات، فإن قصد ذلك أو كانت الصيحة في محل يترتب عليه القتل عادة وكان الصائح يعلم بذلك فعليه القود وإلّا فعليه الدية في ماله لانّه من شبيه العمد خلافاً للشيخ ومن تبعه. هذا إذا علم استناد الموت إلى الصيحة و إلّا فلا شيء عليه لعدم موجبه و الأصل عدمه. وكذا إذا شهر أحد سيفه في وجه إنسان فمات. و يدل عليه أيضاً معتبرة الحلبي عن أبي‌عبدالله عليه السلام: أيما رجل فزع رجلاً عن

---

١. على المختار من حجية قول الثقة في الموضوعات يرجع الأول بعدم ضمانه مع سكوت المالك وعدم اتهامه اياه.

٢. *مباني تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٢٥ـ٢٢٧.

الجدار أو نفر به عن دابته فخرّ فمات، فهو ضامن لديته. و إن انكسر فهو ضامن لدية ما ينكسر منه.[١] و في مباني السيد الاستاذ الخوئي:[٢] نعم لو كانت الصيحة لا لاخافة شخص و اتفق موته بها كان القتل خطأ محضاً، و الدية فيه على عاقلته، و لا شك في أن صحيحة الحلبي منصرفة عن ذلك.

و صاحب الجواهر ﷺ قد تعرّض لجزئيات المسألة و نحن نذكر هنا بعض فروعها:

الأول: إذا لم‌يمت بفعل المخيف ففرّ و ألقى نفسه في بئر، أو من أعلى السقف و كان بصيراً، قال الشيخ: لا ضمان، لأنّه ألجأه إلى الهرب لا إلى الوقوع فهو المباشر لاهلاك نفسه فيسقط حكم السبب (لضعفه وقوة المباشر) و كذا (في قوة المباشر) لو صادفه سبع في هربه فأكله.

و قال الشهيد ﷺ في محكي *غاية المراد* (ص ٣٤ مخطوطة) لان الهارب إما مختار أو مكره فإن كان مختاراً فلا ضمان و إن مكرها فغايته أن يكون مثل مسألة اقتل نفسك و إلّا قتلتك، فقتل نفسه، فانه لا ضمان، إذ لا معنى للخلاص عن الهلاك بالهلاك.

أقول: أما المثال فقد يكون قتل المكره أشد عذاباً و أكثر إيلاماً من قتل نفسه.

و أمّا الممثل ففي *الجواهر*:[٣] نعم لو فرض زوال عقله و اختياره بسبب الاخافة المفروضة إتجه حينئذٍ الضمان باعتبار قوة التسبيب فيه على المباشر بلا خلاف و لا اشكال.

الثاني: لو كان المطلوب أعمى ضمن الطالب ديته ـ كما عن *المبسوط* و *المهذب* ـ لأنه لأجل العميٰ صار ملجأ على معنيٰ عدم بقاء حسن اختيار له، و ان كان له قصد و شعور فيقوىٰ حينئذ على المباشر، بل قالا: و كذا لو كان مبصراً فوقع في بئر لايعلمها أو انخسف به السقف (لمساواته بالجهل للأعمى في عدم اختيار الوقوع) أو

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٥٢، ب ١٥ من موجبات الضمان، ح٢ و *جامع الاحاديث*، ج٣١، ص٣٦٢.

٢. ج٢، ص٢٣٧.

٣. ج٣، ص٦٠.

اضطره إلى مضيق فافترسه الأسد لأنّه يفترس في المضيق غالباً فيكون كما لـو ربـط يديه و رجليه و ألقاه إليه، فهو حينئذ و إن كـان مباشـراً إلّا أنـه فـرق واضـح بـين الاضطرار إلى المضيق و عدمه. نعم أن علم أنّ في الطريق سـبُعاً و لـه طريـق آخـر فاختاره توجه عدم الضمان هو ليس من الاضطرار إلى المضيق فـي شـيء كمـا فـي *الجواهر*.[1]

قال السيد الاستاذ في *مباني التكملة*[2] و أما إذا كان بغير اختيار كما إذا كان أعمي أو بصيراً لايعلم بالبئر ـ مثلاً فقيل انه يضمن ولكنه لايخلو عن إشكال، بـل لايبعـد عدم الضمان و كذلك الحال إذا اضطره إلي مضيق فافترسه سبع اتفاقـاً، و مـا شـاكل ذلك، خلافاً لظاهر كلمات الأصحاب، و الوجه في ذلك أن الضمان بالتسبيب بمـا انّـه على خلاف القاعدة يحتاج إلى دليل بعد عدم صحة اسناد الفعل إلى السـبب. و فـي المقام بما أن الفعل مستند إلى المباشر دون السبب و لا دليل على ضـمانه. لايمكـن الالتزام به. نعم لو تم اجماع على ذلك فهو و لكنه غيرتام. انتهى.

الثالث: في *الجواهر*: ولو خوّف حاملاً فاجهضت، ضمن دية الجنـين، بـلا خـلاف أجده فيه، بل عن *المبسوط* الاجمـاع عليـه مضـافاً إلـي صـدق الاتـلاف، و خيـر يعقوب‌بن‌سالم المروي في *الكافي*[3] و *التهذيب*[4] (و فيه: ماساءه مكان ماشـاءالله) عـن الصادق عليه السلام كانت أمرأة في المدينة توتيٰ، فبلغ عمر فبعث إليها فروعها و أمر أن يجاء بها ففزعت المرأة و أخذها الطلق فانطلقت إلى بعض الدور فولدت غلاماً و استهل ثم مات، فدخل عليه من روعة المرأة و موت الغلام ماشاءالله فقال بعـض جلسـائه: مـا عليك من هذا شيء... فقال لهم أبوالحسن: لئن كنتم اجتهدتم ما أصـبتم و لـئن كنـتم قلتم برأيكم لقد اخطأتم، عليك دية الصبي و مقتضـاه كمعقـد اجمـاع المبسـوط انـه

---

۱. ج۴۳، ص۶۰.

۲. ج۲، ص۲۵۷.

۳. ج۷، ص ۳۷۴.

۴. ج۱۰، ص۳۱۲.

بحكم شبه العمد، و لعله لأنّ الاخافة سبب في اسقاط حملها فهو جناية عليه كوضع شيء ثقيل و نحوه مما يقتضى سقوط الحمل.

و على كل فلا إشكال في ضمان الجنين في الفرض، بل و لا في ضمانها أيضاً لو ماتت في حاله مع تعمده اخافة الغير المتلفة غالباً و إلا كان عليه القصاص، ولو لم‌يتعمدها كانت الدية على العاقلة. نعم لو كان تخويفها من الإمام بحق لم‌يضمن.

٧. لو صدم شخصاً بقصد القتل أو بقصد الصدم المتلف غالباً فقتله يثبت عليه القصاص، كما أنّه لو قصد الصدم غير المتلف غالباً دون القتل، كان عليه الدية وان لم‌يقصدهما كانت الدية على عاقلة الصادم. لكن في ثبوت الضمان في الفرض الأخير إذا كان المصدوم واقفاً في طريق المسلمين ضيق أو في محل لم‌يجوزه قانون المرور اليوم بحيث يستند موته أو نقصه إلى تفريطه نظر أو منع كما نص عليه الأستاذ في المباني.[1]

و أما الصادم المقتول أو الناقص فهدر، إذا كان المصدوم في ملكه أو في موضع مباح، أو في طريق واسع أو نحو ذلك مما لا تفريط فيه من المصدوم، سواء كان الصادم قاصداً أم لا، بلا خلاف يوجد في شيء من ذلك بين من تعرض له... بل ولاإشكال كما في *الجواهر*[2] وجه عدم الاشكال أن المصدوم لا فعل و لا تأثير له في قتل الصادم، فانّه قتل بفعله، نعم لابد أن يقال بعدم وقوف المصدوم في مكان ممنوع حسب قانون المرور اليوم حتي و ان لم‌يكن هذا القانون غيرممضي بتوسط الحاكم الشرعي بعد صدق التفريط و استناد الاصطدام أو الصدم إلي الواقف و إلّا كان دمه هدراً كما مر و كانت الدية من مال الواقف و إذا كان جاهلاً فعلى عاقلته. و أما إذا قصد بوقفه القتل فالقصاص. نعم إذا كان المصدوم واقفاً على طريق ضيق أو محل ممنوع بقانون المرور لكن الصادم تعمد الصدم فهو ضامن للدية في ماله، و إن كان الصدم متلفاً غالباً فمات، استحق القود. و بذلك ظهر ضمان السيارات و القطارات و

---

١. ج ٢، ص٢٢٨ و لاحظ كتابنا *الارض في الفقه*.

٢. ج ٤٣، ص ٦٢.

الطائرات و سائر وسائل المرور والركوب انشاءالله و لابد من طرح مواد قانون المرور في باب الديات.

٨. إذا اصطدم حران بالغان عاقلان قاصدان ذلك و لم‌يكن متلفاً غالباً فماتا أو نقصاً، فمن كل منهما نصف ديته للآخر في ماله، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر[١] و النصف الآخر هدر، لان كل واحد تلف أو تعيب بفعل نفسه و فعل غيره، وعن بعض العامة وجوب الدية تامة لكل منهما على الآخر و نفي صاحب الجواهر الريب في ضعفه.

فإن قلت: ربما يكون قوة احدهما ضعفي قوة المصطدم الآخر، فيضمن الأقوىٰ ثلثي الدية، و الضعيف ثلثها، قلت: ادعىٰ صاحب الجواهر[٢] عدم الفرق بين اتحاد جنس المركوب و اختلافه و إن تفاوتا في الشدة و الضعف، بل و لا في الراجلين بين أن يتفق سيرهما قوة و ضعفاً أو يختلف بان كان أحدهما يعدو و الآخر يمشي، لان الاصطدام و الحركة المؤثرة إذا وجدت منهما جميعاً اكتفى به و لم‌ينظر إلى مقادير المؤثر و تفاوت الأثر كالجراحة الواحدة والجراحات. فلاحظ.

و في *الجواهر* أيضاً: و لا فرق في الحكم بين المقبلين و المدبرين و المختلفين و البصيرين و الأعميين و المختلفين.

و في *الشرائع*: و يستوي في ذلك الفارسان و الراجلان، بل و الفارس و الراجل. و في *مباني التكملة* للأستاذ:[٣] إذا كان أحدهما أعمىٰ أو كلاهما فجنايته على عاقلته.

أقول: يعتمد السيد الخوئي ﷺ وفاقاً لجماعة من القدماء و خلافاً لجماعة من المتأخرين على رواية الحلبي و أبي‌عبيدة.[٤]

---

١. *المصدر*، ص٦٣.

٢. ج٤٣، ص٦٤.

٣. ج٢، ص٢٢٩.

٤. *الوسائل*، ج١٩، ب١٠ من ابواب العاقلة و ب٣٠ من ابواب قصاص و تفصيله في: *مباني تكملة*، ج٢، ص٧١٢.

و في *الجواهر*:[١] و على كل حال: يقع التقاص في الدية و القيمة و يرجع صاحب الفضل ـ إن كان فيهما أو في أحدهما على تركة الآخر.

و لايخفى أنه ربما يقصد أي القتل، و ربما يكون التصادم خطأ محضاً و ربما يختلفان من هذه الجهة فلكل منهما حكمه. غير ان ضمان المركوب لامدخلية للعاقلة فيه، فالقيمة أو الارش في مال المصطدم دائماً.

**بقيت في المسألة فروع:**

أوّلاً: قيل: فرق واضح بين المقام الذي اشتركا معاً في الجناية ـ ولذا اهدر النصف وبين ما إذا عثر انسان بجالس فماتا معاً. فان الدية واجبة لايهدر منها شيء، وذلك لان كلا منهما قد مات بسبب انفرد به صاحبه، إذ الجالس قتل العاثر مباشرة و العاثر مات بسبب كان من الجالس، فهو كما لو حفر بئراً في غير ملكه ثم جاء رجل فجرح الحاضر (فر ـ ظ) وسقط الجارح في البئر، فان الجارح قتل الحافر مباشرة و الحافر قتل الجارح بالتسبيب.

أقول: يحتمل وقوع الاشتباه في العبارة و ان أصلها: إذا العاثر قتل الجالس مباشرة. أو أن العبارة التالية أصلها هكذا: و الجالس مات بسبب من العاثر. و على كل، يمكن أن يقال انه لميصدر من الجالس فعل أصلاً، فهو غيرمباشر و لا سبب، فهو كالنائم و ديته على العاثر أو عاقلته، و أمّا دية العاثر فهدر إذا كان الجالس غيرمقصر في موضع جلوسه.

ثانياً: و في معنى التصادم ما لو تجاذبا حبلاً فانقطع و سقطا و ماتا، هذا إذا كانا مالكين للحبل أو غاصبين. أما لو كان أحدهما مالكاً و الآخر غاصباً فدم الغاصب هدر. ولو قطعه ثالث عند تجاذبهما ضمنهما في ماله أو عاقلته، مالكين كانا أو غاصبين أو مختلفين، و إن تعدى الغاصب بالإمساك و الجذب، فان المباشر هو الغاصب.

---

١. ج٤٣، ص٦٤.

ثالثاً: لو تصادم فارسان فمات الفرسان أو تعيبا فعلى كل منهما نصف قيمة الفرس الآخر أو نصف الأرش (لما عرفت من) ان التلف أو العيب مستند إلى فعلهما معاً و عليه فبطبيعة الحال يضمن كل منهما نصف الآخر، فان تساوت القيمتان فلا شيء عليهما لأجل التهاتر، و إلّا رجع صاحب الزيادة في زيادته علي الآخر كما في *الجواهر*[1] و قال السيد الخوئي في مبانيه: هذا كله إذا كان التلف مستنداً إلى فعل الفارس، و اما إذا استند إلى أمر آخر كاطارة الريح و نحوها مما هو خارج عن اختيار الفارس لم‌يضمن شيئاً و مثله ما إذا كان الاصطدام من طرف واحد، فانه لاضمان حينئذ علي الطرف الآخر لعدم استناد التلف إليه أصلاً، ثم قال: و يجري ما ذكرنا من التفصيل في غير الفرس من المراكب، سواء أكان حيواناً أم سيارة أم سفينة أم غيرها.[2]

و قد تصدي المحقق و صاحب الجواهر لاصطدام سفينتين مفصلاً في المسألة الخامسة[3] و لم‌يتعرض له السيد الأستاذ لفهم حكمه من هذا المقام.

رابعاً: إذ اصطدم صبيان راكبان بأنفسهما أو بإذن وليهما إذناً سائغاً فماتا فعلى عاقلة كل منهما دية الآخر، فان عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة و نصف ديتهما هدر لما مر. والحق في *الجواهر* المجنون بالصبي، و لابد من ارائة دليل على أن عمده خطأ تحمله العاقلة. و لو اركب الصبيين وليهما من دون مصلحة[4] أو أركبهما اجنبي، فان ضمان دية كل منهما بتمامها على المركب بلا خلاف كما في *الجواهر*[5] و كذا دابتيهما لعدم قصور اركاب الطفل عدوانا عن حفر البئر كذلك، فيضمن ما يترتب عليه و ان كان بعمد الصبي، فان الشارع جعله بحكم الخطأ.

---

١. ج٤٣، ص ٦٥.

٢. *مبانى تكملة المنهاج*، ج ٢، ص٢٩٢.

٣. ج٤٣، ص ١١٠.

٤. و يتحمل عدم اعتبار المفسدة دون تحقق المصلحة فلاحظ.

٥. ج٤٣، ص ٦٦.

و فيه أيضاً: و حينئذ فإن كان واحداً ثبت عليه دية الصبيين و قيمة الدابتين، و ان كان اثنين ـ مثلاً ـ ثبت على كل واحد نصف قيمة كل واحدة من الدابتين، لأن الذي اركبه متعدياً أتلف النصفين فيضمنه و يجب على كل واحد نصف دية الراكب.

لكن في *كشف اللثام* و عن *المبسوط*: أن دية الراكب على عاقلة المركب. و فيه انه سبب فيتجه عليه كما هو ظاهر، إنتهى.

و خامساً: إذا اصطدما و مات أحدهما يضمن الباقي نصف دية الميت و النصف الآخر هدد، لانّه من جنايته، لكن في رواية غيرمعتبرة بصالح‌بن‌عقبة المجهول عن الكاظم عليه السلام: قضي أميرالمؤمنين عليه السلام في فارسين اصطدما فمات أحدهما فضمن الباقي دية الميت. و مثله رواية المروزي بلفظ: في الفرسين، و هي أيضاً غيرمعتبرة بجهالة ثلاثة من رواتها على أن المحقق قدس سره نسب الرواية إلى الشذوذ. و في *الجواهر*: لم‌أجد عاملاً بها.

أقول: و تحمل على نصف الدية فانه هو دية هذا الميت و ليس في الرواية تمام الدية، والله اعلم.

و سادساً: لو تصادم الحاملان فاسقطنا وماتتا، سقط نصف دية كل واحدة منهما بجنايتها على نفسها و ضمنت نصف دية الأخرى. أما الجنين فيثبت في مال كل واحدة نصف دية جنين كامل مع القصد إلى الاصطدام و إلّا فعلى العاقلة، و إن لم‌يعلم ذكورة الجنين و أنوثته فربع دية الذكر و ربع دية الانثى.

أقول: لابدّ من حمل العبارة على ضمان نصف دية كل من الجنين ليكون على كل واحدة منهما بمقدار دية كاملة للجنين. و هذا لايفهم من عبارة *الجواهر* و *مباني التكملة* فلاحظ.

٩. إذا مرّ بين الرماة فأصابه سهم أحدهم مثلاً فالدية على عاقلة الرامي لكونه مخطئاً في فعله و قصده و إلّا كان عليه القود أو الدية في ماله.

و لعلّ المشهور انه لو ثبت ان الرامي قال: حذار، و سمع و كان متمكناً من العدول لم‌يضمن عاقلة المار أيضاً لخبر الكناني عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: كان صبيان في زمان

علي عليه السلام يلعبون باخطار لهم فرمى أحدهم بخطره فدّق رباعية صاحبه فرفع ذلك إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فأقام الرامي البينة بانّه قال: حذار، فدرأ عنه القصاص. ثم قال: قد اعذر من حذّر. و رواه الصدوق في *الفقيه* و *العلل* و الشيخ في *التهذيب*.[١]

لكن جميع الأسانيد ينتهي إلى محمدبن‌الفضيل و هو مجهول و لا أقل من اشتراكه خلافاً لصاحب الجواهر حيث وصفه بأنّه حسن كالصحيح. و ثانياً عمد الصبي خطأ فلا قصاص عليه حتى يدرأ بالحذار. و ثالثاً اقامة البينة للصبي بعيد.

و الأظهر حجية فتوى المشهور لأجل أن المار هو الذي أقدم على تلف نفسه، نعم لابد من فرض جهالة الرامي أيضاً كما ذكره السيد الأستاذ في مباني التكملة.[٢]

فرع: لو كان مع المار المذكور صبي – مثلاً – غير متميز فقربه من طريق السهم لا قصداً فأصابه، فالضمان علي من قربه كما عن القاضي والتحرير، لا على الرامي، لانّه عرضة للتلف تعريضاً شبيهاً بالمباشرة و لكن تردد العلّامة في قواعده تبعاً لصاحب الشرائع و محكي المبسوط من أجل تقديم المباشر على السبب مع الاجتماع كما اختاره الفخر فجعل الضمان على عاقلة الرامي. و هنا قول رابع اختاره في *الجواهر*[٣] قلت: الظاهر كون الفرض من مصاديق موضوع المباشرة و التسبيب، و لا ريب في تقديم الأول مع فرض اتحادهما في العلم لقوة المباشر علي غيره و احتمال الشركة ضعيف. فيترتب حينئذ القصاص و الدية على عاقلة الرامي أو عليه على اختلاف الصور كما انّه يقدم العالم منهما على الجاهل.

و للسيد الأستاذ الخوئي قدس سره قول خامس فجعل نصف الدية علي العالم بالحال و نصفها الآخر على عاقلة الجاهل، و قال في توضيحه: ان كلا من المصطحب و الرامي تارة يكون عالماً بان العبور من هذا المكان في معرض التلف و اخرى يكون جاهلاً، و ثالث يكون أحدهما عالماً و الآخر جاهلاً فعلى الأوّل لايبعد اشتراكهما في القتل،

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص٦٩.

٢. ج٢، ص٢٣٢.

٣. ج٤٣، ص٧٠.

لاستناده إلى كليهما عرفاً، غايةالامر أنّ القتل على الأوّل يدخل في القتل الشبيه بالعمد، لانصراف أدلة القتل الخطأ المحض عن ذلك، فتكون الدية عليهما، و على الفرض الثاني على عاقلتهما و في الثالث القتل مستند أيضاً إليهما، غايةالأمر بالاضافة إلى الجاهل خطأ محض و إلي العالم شبيه عمد. و كذلك في غير الرمي من أسباب القتل.[۱] و لعل قول الجواهر أظهر.

و في *الجواهر*[۲] أيضاً: و لعل ذكر المصنف صبياً لكونه أظهر الأفراد، و إلّا فلو قدم بالغاً على وجه يكون كتقديم الصبي ترتب الحكم، ولو تقدم الصبي نفسه و لم‌يقرّ به أحد فالضمان على الرامي مع التعمد قصاصاً، أو دية، و على العاقلة بدونه.

أقول: و الأقوى ذلك، حذّر أم لم‌يحذّر وفاقاً لكاشف اللثام و خلافاً لصاحب الجواهر لضعف رواية الكناني السابقة.

۱۰. إذا اخطأ الختان فقطع حشفة غلام، ضمن في ماله، لانّه من شبيه العمد، إلّا أن يأخذ البراءة في فرض القصور. و يؤيده رواية السكوني: أنّ علياً ضمّن ختاناً قطع حشفة غلام.[۳]

۱۱. إن وقع من علو على غيره فقتله، فإن قصد ذلك و كان الوقوع مما يقتل غالباً أو قصد القتل به فهو قاتل عمد، إن كان لايقتل غالباً و قصده دون قتله فهو شبيه عمد يلزمه الدية في ماله، و إن وقع بقصد أخر فوقع عليه فهو قتل خطأ محض يضمن عاقلته الدية. و إن اضطر كما لو ألقاه الهواء أو زلق أو نحوهما مما لايسند الفعل إليه فلا ضمان على العاقلة أيضاً، و هذا واضح في نفسه مضافاً إلى صحيح عبيدبن‌زرارة ـ على المشهور ـ قال: سألت أباعبدالله﵇ عن رجل وقع على رجل فقتله، فقال: ليس عليه شيء[٤] و صحيح محمدبن‌مسلم عن أحدهما﵇ قال في

---

۱. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، ص ۲۳۲.

۲. ج ٤۲، ص ۷۰.

۳. *الوسائل*، ج ۲۹، ب ۲٤ من موجبات الضمان، ح ۲.

٤. *المصدر*، ص ٥٦.

الرجل يسقط علي الرجل فيقتله؟ فقال: لا شيء عليه، و قال: من قتله القصاص فلا دية له.[١]

و موثقة ابن‌بكير عن أبي‌عبدالله عليه السلام في رجل يقع على رجل فيقتله فمات الأعلى؟ قال: لا شيء على الأسفل.[٢]

قلت: و منه يعلم عدم الضمان على النائم إذا قتل أحداً بحركته، فانه لا قصد له و لايسند الفعل إلى قصده فالفرق بين المسألتين كما في *الجواهر* و غيره بضمان النائم مشكل أو ممنوع.

و أما احتمال كون ديته ـ أي دية الذي وقع الواقع عليه على بيت‌المال فدفعه صاحب الجواهر[٣] بقوله: الأصح خلافه ضرورة عدم قتل أحد له، بل هو شبه المقتول بصاعقة و نحوها.

و كذا لو دفع أحد شخصاً على ثالث فقتل، بحسب القاعدة التي عرفتها انفاً، فدية المدفوع إن مات على الدافع و كذا قوده في فرض القصد و العمد بشروطه، بلا خلاف نصاً و فتوى، بل و لا اشكال كما في *الجواهر*. و أما دية الأسفل فهو أيضا على الدافع كالقصاص له في فرض قصد القتل كما عن المشهور، بل لاخلاف فيه بين المتأخرين إلّا من نادر ضرورة كونه كمن هدم جداراً عليه و لكن عن الشيخ أنها على الواقع و يرجع هو على الدافع لصحيح عبدالله‌بن‌سنان بطريق الصدوق عن أبي‌عبدالله عليه السلام في رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، فقال: الدية على الذي وقع على الرجل فقتله أولياء المقتول، قال: و يرجع المدفوع بالدية على الذي دفعه، قال: و إن أصاب المدفوع شيء فهو على الدافع أيضا.[٤]

و عن *كشف اللثام* حملها على أن أولياء المقتول لم‌يعلموا دفع الغير له. و في

---

١. *المصدر*، ص ٥٦ ـ ٥٧.

٢. *المصدر*، ص٥٧.

٣. ج٤٣، ص٧٣.

٤. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٣٨.

*الجواهر*[١] أو تطرح للاجماع كما قيل على عدم العمل بظاهرها المقتضي للقصاص على الدافع مع قصد القتل أو كون الشيء مما يقتل غالباً فتأمل جيداً.

و على كل، و ممن عمل بالصحيحة تخصيصاً للقاعدة سيدنا الأستاذ﷫ في المباني.[٢]

١٢. لو ركب جارية جارية أخرى فنخستها جارية ثالثة فقمصت الجارية المركوبة قهراً و بلا اختيار فصرعت الراكبة فماتت، فالدية على الناخسة دون المنخوسة وفاقاً للسيد الأستاذ الخوئي﵀ في *مباني تكملة المنهاج* لاستناد الموت إلى فعل الناخسة فيدخل في القتل الشبيه بالعمد. و في رواية الأصبغ (ب٧ من موجبات الضمان) قضاء علي﵇ بديتها بين الناخسة و المنخوسة و به قال جمع، لكنها ضعيفة بعدة من رواتها و دعوي الانجبار بالشهرة مدخولة، صغرى و كبرى و عن جمع أن على الناخسة و الوامقة ثلثا الدية و يسقط الثلث من جهة ركوب الواقصة عبثاً لمرسلة الارشاد، لكنها غير حجة.

تنبيه: إن ما أخرجهَ ابن‌ادريس و تبعه جمع منهم صاحب الجواهر من إيجاب الدية علي الناخسة إن كانت ملجأة للقامصة و ايجابها على القامصة إن لم‌تكن الناخسة ملجأة لهما، صحيح و قول الأستاذ يرجع إليه، لكن أشكله الشهيد بأن الإكراه على القتل لايسقط الضمان و بان القموص ربما كان يقتل غالباً فيوجب القصاص.

أقول: أما الأول فالبحث في الالجاء دون مطلق الإكراه و أما الثاني. فالقمص ـ هو النفرة ـ لايستلزم بحسب ذاته الوقوع فضلاً عن كونه مما يقتل غالباً فيكون من باب الأسباب لا الجنايات، نعم لو فرض على حال يكون كذلك أو قصد القتل به و كان على حال يقتل نادراً اتجه القصاص كما في *الجواهر*.[٣]

---

١. ج٤٣، ص٧٣.
٢. ج٣، ص ٢٣٤.
٣. ج٤٣، ص ٧٦.

# ملحقـات

١. المشهور المدعى عليه الإجماع انّ من دعا غيره ليلاً، فأخرجه من منزله فهـو لـه ضامن حتى يرجع إلى منزله، فإن فقد و لم‌يعرف حاله فعليه الدية، و يدل عليه روايتـان ضعيفتان سنداً[١] و لانقول بالانجبار و لا بحجية الشهرة و الإجمـاع المنقـول و تصـحيح السيد الأستاذ في مباني تكملته[٢] ضعيف جداً فالتوقف لازم و للمسألة فروع مذكورة في *الجواهر*.[٣]

٢. ان الضئر ـ أي المرضعة ولد الغير والعاطفة عليه ـ إذا جاءت بالولـد و أنكـره أهله صدقت ما لم‌يثبت كذبها. فإن علم كذبها وجب عليها إحضار الولد. ففي صحيح الحلبي قال: سألت أباعبدالله عن رجل استأجر ظئراً فدفع إليها ولـده فغابـت بالولـد سنين، ثم جاءت بالولد و زعمت أمه انها لاتعرفه، و زعم أهلها انهم لايعرفونه، فقال: ليس لهم ذلك، فليقبلوه انّما الظئر مأمونة[٤] بل عليها الدية بلا خـلاف يجـده صـاحب الجواهر في فرض ظهور كذبها و عدم إحضار من يحتمل انه هو بعـد اصـالة البـراءة عن القصاص و يظهر من الشهيد في حواشيه نسبته إلي قواعد الفقهاء[٥] و أنكره السيد

١. *الوسائل*، ج ٢٩، ص ٥١ ـ ٥٢.

٢. ج ٢، ص ٢٣٦.

٣. ج ٤٣، ص ٧٨.

٤. *الوسائل*، ج ٢٩، ص ٢٦٧.

٥. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ٨٤.

الأستاذ[1] تضعيفاً للاجماع. نعم لو استأجرت أخري و دفعته بغير اذن أهلها فجهل خبره ضمنت الدية كاملة لجملة من الروايات المعتبرة[2] و بفحواها استدل صاحب الجواهر على ضمانها في الفرض الأول. و في *الجواهر*:[3] بل لعله كذلك إذا لم يأذنوا بالتسليم و ان أذنوا بالاستيجار كما صرح به في *كشف اللثام*.

ولو علم موته حتف أنفه عند الثانية ففي الضمان وجه كالمال للتفريط و في المباني[4] لإطلاق الصحيحة و بالأولوية.

و في *الجواهر* في الفرض المذكور: و هل للولي الرجوع على الثانية؟ وجه أيضاً و ان رجعت هي مع فرض الغرور؟ لم أجد ذلك محرراً في كلامهم و اصالة البراءة و قاعدة عدم ضمان الحر محكمة[5] أقول: هو متين.

فائدة: عن الشهيد في حواشيه: انّ من قواعد الفقهاء أنّ الحرّ لايضمن بإثبات اليد عليه، إذ لا أثر لليد في غير المال. و استثنىٰ من هذه القاعدة ثلاث مسائل: مسألة الظئر و مسألة المنادي غيره ليلاً و مسألة تلف الصبي المغصوب بتلف الغاصب كلدغ الحية و أشباه ذلك.[6]

٣. في صحيح محمدبن‌قيس عن أبي‌جعفر عليه السلام قال: قضىٰ أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة شربوا مسكراً (فسكروا) فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا، فقتل إثنان و جرح اثنان، فأمر المجروحين فضرب كل واحد منهما ثمانين جلدة، و قضىٰ بدية المقتولين علي المجروحين و أمر أن تقاس جراحة المجروحين فترفع مع الدية، فإن مات المجروحان فليس على أحد من أولياء المقتولين شيء.[7]

---

١. *مبانى تكملة المنهاج*، ج٢، ص٢٣٨.
٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٦٧.
٣. ج٤٣، ص ٨٥.
٤. ج٢، ص٢٤٠.
٥. *الجواهر*، ج٤٣، ص ٨٥.
٦. *المصدر*، ص ٨٤.
٧. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٣٢.

أقول: عن *المسالك*: عمل بمضمونه كثير من الأصحاب و عن *التنقيح* عمل أكثر الأصحاب به. و في *الجواهر*: لم‌يحك العمل إلّا عن أبي‌علي و القاضي[١] و قال أيضاً: الذي يقتضيه الأصول في مثله جريان حكم اللوث أو سقوط الدية و القصاص عن كل منهم لعدم العلم بالحال.[٢]

أقول: لا بأس بالعمل بالرواية في موردها و يؤيدها خبر عبدالله‌بن‌الحكم[٣] و ان لم‌ينقله الحر في وسائله و لاحظ تفصيل فروع المسألة في *الجواهر*.[٤]

٤. في *الفقيه*: و قضى أمير‌المؤمنين في ستة نفر كانوا في الماء فغرق منهم رجل فشهد منهم ثلاثة على اثنين انّهما غرّقاه و شهد اثنان على ثلاثة انّهم غرّقوه فألزمهم الدية جميعاً الزم الاثنين ثلاثة أسهم بشهادة الثلاثة عليهم و ألزم الثلاثة سهمين بشهادة الاثنين عليهم. و سند الصدوق إلى قضايا أمير‌المؤمنين معتبر. لكن في *الروضة*: هي مع ضعف سندها (لعله يريد بها رواية السكوني دون هذه) قضية في واقعة ـ كما ذكره صاحب الجواهر أيضا ـ مخالفة لأصول المذهب فلايتعدىٰ، و الموافق لها من الحكم انّ شهادة السابقين إن كانت مع استدعاء الولي و عدالتهم قبلت ثم لاتقبل شهادة الآخرين للتهمة، و ان كانت الدعوى على الجميع أو حصلت التهمة عليهم لم‌تقبل شهادة أحدهم مطلقاً و يكون ذلك لوثا يمكن إثباته بالقسامة (حاشية الفقيه، الطبعة الجديدة)

و في *الشرائع*:[٥] و هذه الرواية متروكة بين الأصحاب، فإن صحّ نقلها كانت حكماً في واقعة فلاتتعدىٰ، لاحتمال ما يوجب القصاص. (و انما حكي العمل بها عن القاضي) و الله العالم بحقيقة أحكامه.

---

١. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ٩١.
٢. *المصدر*، ص ٩٣.
٣. *التهذيب*، ج ١٠، ص ١٥٣ و ١٥٤.
٤. ج ٤٣، ص ٩٣.
٥. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ٩٦.

# البحث الثاني: في الاسباب

عرّف السبب بما لولاه لما حصل التلف، لكن علة التلف غيره كحفر البئر و نصب السكين و القاء الحجر، فإن التلف عنده بسبب العثار.

و عرف ايضاً بانه كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غيرالملك و كطرح المعاثر في المعابر.

و في *الجواهر* بعد كلام: ليس في شيء من النصوص جعل لفظ السبب و العلة و الشرط عنواناً للحكم... و انما المدار على صدق نسبة الفعل و هو (قَتَل) و نحوه أو نسبة المصدر و هو القَتل و ان لم‌تتحقق نسبة القتل كما في قتل النائم و نحوه. و على ما ثبت من الشرع به الضمان من هذه المسماة بالشرائط عندهم أو الاسباب، نعم ليس في النصوص استقصاء لها، و لكن ذكر جملة منها فيها، و منه يظهر وجه الحاق ما ماثلها به، و ظاهرهم أنّ السبب الموجب للدية الذي هو بمعنى الشرط الذي لايوجب ضماناً إلّا في مال المسبب، و لايكون على العاقلة منه شيء، و لعله لاطلاق الضمان في النصوص على وجه ينسب إليه، و لعدم صدق القتل خطأ عليه مع اصالة براءة ذمة العاقلة.[1]

و الكلام في تفاصيل المقام في ضمن مسائل:

---

١. ج٤٣، ص٩٧ و فيه أيضاً (٤٣، ص١٤٨): فكأن الشرائط جميعها ضمانها على المسبب دون العاقلة للإطلاق الأدلة. فتأمل.

١. إذا أدخلت المرأة أجنبياً في بيت زوجها فقتله الزوج أو غيره فهل تضمن المرأة ديته؟ و الأقوى عدم الضمان وفاقاً لجمع و لعله المشهور كما ذكره السيد الأستاذ في المباني[١] و الرواية الدالة على ضمانها ضعيفة سنداً[٢] و الأصل عدم الضمان.

٢. لو وضع حجراً في ملكه لم‌يضمن دية العاثر به، كما قالوا، و لو وضعه في ملك غيره أو في طريق مسلوك و عثر به شخص. فمات أو جرح ضمن ديته و كذلك لو نصب سكيناً أو حفر بئراً في ملك غيره أو في طريق المسلمين فوقع عليه أو فيها شخص فجرح أو مات ضمن ديته. نعم إذا كان العابر عالماً بالحال فلا ضمان له، لانه أقدم على قتل نفسه باختياره فدمه هدر. و إليك الروايات المتعلقة بالمسألة:

فمنها صحيح الكناني عن الصادقعليه السلام: من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن.[٣]

الظاهر خروج الحديث عن محل البحث، فان مدلوله ضمان ما أضرّ بالطريق فقط و لا دلالة علي ضمان الأموال و النفوس المتضررة به.

و منها موثقة سماعة قال: سألت أباعبدالله عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه؟ فقال: أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان، و أما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك، فهو ضامن لما يسقط منه.[٤]

ظهور الرواية في عدم الضمان بالحفر في المملوكة، و في الضمان بالحفر في غيرها واضح، لكن انصرافها عن فرض علم العابر أيضاً واضح.

و هل التفصيل فيها بين المملوكة و غيرها تعبدي صرف حتى يشمل الحفر الناشي بغرض عدواني في المملوكة و الحفر الناشيء في غيرها بغرض نفع المارة، فيه بحث سبق و سيأتي أيضاً.

---

١. ج٢، ص٢٤٠.
٢. *الوسائل*، ب٢٣ من القصاص في النفس.
٣. *المصدر*، ج٢٩، ص٢٤١.
٤. *المصدر*، ص٢٤٢.

و منها صحيح الحلبي انّه سأل أباعبدالله عليه السلام عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه.[1]

الرواية ظاهرة في ضمان تلف الأموال و النفوس أو تعيب بالتسبيب، و المفهوم عرفاً انّه لا خصوصية للطريق فتشمل مطلق ما لايملك كما يظهر من سابقتها.

و سبب الضمان ليس وضع شيء على الطريق كما فرضه السائل بل كل شيء يضر بطريق المسلمين كما قيده الإمام في جوابه، فإذا كان الطريق موسعاً و وضع شيئاً عليه، فتلف به شيء من باب الاتفاق فالظاهر عدم استلزامه الضمان و به يقيد إطلاق الرواية المتقدمة، فان عدول الإمام عن سؤال الراوي ظاهر في تحديد سببية الضمان بما يضر بالطريق.

و يؤيدها روايتان آخريتان لزرارة اللتان في صحة سندهما نظر، خلافاً للسيد الاستاذ الخوئي رحمه الله.

## فروع المسألة

منها ما ذكره جمع من انه لو حفر في طريق المسلمين ما فيه مصلحة العابرين فاتفق وقوع شخص فيه فمات، لايضمن الحافر و ذهب جماعة إلى الضمان من *الجواهر*.[2]

مقتضىٰ اطلاق الموثقة المتقدمة الضمان و مقتضى صحيح الحلبي عدمه، لان ما فيه مصلحة العابرين ليس بمضر للطريق بما هو طريق. و يمكن أن نفصل و نقول انّه إذا تحفر الحفيرة لمصلحة المسلمين أو اهل البلد لأجل الهاتف و ايصال الغاز و البرق و المياه و نحوها. و ربما لمصلحة العبور و المرور كالتبليط و التوسعة فيقال بالضمان في الأول إذا لميكن بإذن من وليالأمر، و أما الثاني فإن نصب عملة البلدية أو سائر

---

١. *المصدر*، ص٢٤٣.

٢. ج٤٣، ص٩٩.

الدوائر الحكومية أو الشركات الأهلية علامة على الحفيرة بعد الحفر كما هو المرسوم اليوم، فلاضمان و إن لمينصبوا علما عليها فيحكم بالضمان بالنسبة إلى السيارات المارة و ركابها، و أما بالنسبة إلى المشاة العابرين و أموالهم ففيه وجهان. ثم إن استند عدم نصب العلامة من قبل العملة إلى نفس البلدية أو سائر الدوائر فالضمان عليها و ان استند إلى العملة فالضمان عليهم.

و للجواهر[١] تفصيل آخر فحكم بالضمان مع عدم إذن الإمام لإطلاق النص و بعدمه مع إذنه فانّ ولايته أقوى من ولاية المالك.

أقول: و يلحق به نائبه العام.

و منها انه الحق في *الشرائع و الجواهر*،[٢] المكان المباح بالمملوكة في عدم الضمان، و استدل له في *الجواهر*[٣] بالنبوي: البئر جبار و العجماء جبار و المعدن جبار[٤] بناءاً على كون المراد منه هدر ديته الواقع في مثل البئر المحفورة في الأراضي المباحة و كذا من يتلف بركوب دابة أو استخراج معدن.

أقول: له ثلاثة أسانيد و لايبعد اعتبار أحدها على أن المجموع ربما يفيد الاطمئنان. وعن *نهاية* ابن‌الاثير: ان البئر هي العادية القديمة لايعلم لها حافر و لا مالك، فيقع فيها الإنسان و غيره فهو جبار أي هدر. أقول: هو اجتهاد منه، و العمدة إطلاق الحديث و مقتضاه عدم الضمان بموت أجير ينزل فيها لغرض، و كذا إذا انهار المعدن على من يعمل فيه فهلك لميؤخذ به مؤجره إلّا أن يشترط الضمان في ضمن العقد.

لكن كل ذلك في البئر فقط و في غيره يرجع إلى موثقة سماعة الدالة على الضمان بالحفر في غير ما يملك، بل هي كالصريح في الضمان بحفر البئر فلابد من علاج التعارض بينها و بين كون البئر جبار.

---

١. *المصدر*، ص١٠٢.
٢. ونسبه في *الجواهر* إلى تصريح غير واحد.
٣. *المصدر*، ج٤٣، ص٩٧.
٤. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٧١ ـ ٢٧٢.

لايقال: النسبة بينهما عموم و خصوص مطلقاً فيقيد الجبار ببئر في ملك الحافر، و في ملك الغير ليست بجبار.

فانه يقال: عليه يلغو عنوان البئر إذ كل شيء في ملك الحافر جبار لايوجب الضمان. و دعوىٰ انصراف الخبر عن المكان المباح كما ادعاه صاحب الجواهر، غير ظاهر. و منه يظهر ضعف حكمه باصالة عدم الضمان[1] و لايحضرني وجه جمع مقبول و الله العالم.

و منها: انه لو حفر في منزله أو أرضه بئراً أو حفيرة أو وضع شيئاً آخر، ثم أدخل أعمي أو غيره في الظلمة و لم‌يعلم بالحال ضمن كما عن تصريح جماعة به، لاستناد التلف إليه و في *الجواهر*[2] عملاً بأدلة الضرر، و لعله يريد انّ عدم الحكم بضمان الحافر ضرر على الواقع و فيه بحث سبق في قاعدة الاحترام و لايبعد انصراف موثقة سماعة عن مثله.

و منها انه لو وضع حجراً و آخران حجراً آخر فعثر بهما إنسان. فمات أو تلف منه عضو، احتمل تقسيطَ الضمان أثلاثاً بعدد الجناة و أن يكون النصف على الأول و النصف على الباقين تقسيطاً له على عدد السبب، فانّه حجران أحدهما وضعه الأول فعليه النصف و الآخر وضعه اثنان فعليهما النصف، و لعل الأول أوفق بما تقدم سابقاً من التوزيع على عدد الجناة دون الجناية في الجروح و نحوها و ان اتحد من أحدهم و تعدّد من الآخر كما في *الجواهر*.[3]

و منها: لو جاء السيل بحجر فلا ضمان على أحد بلا خلاف و لا إشكال و ان تمكن من ازالته، نعم ان نقله إلى موضع آخر من الشارع ضمن. ولو كان مثل الأول أو أقلّ سلوكاً منه كما عن *كشف اللثام* و محكي *الايضاح* و غيره و لعله لإطلاق النصوص المزبورة، و ربما أشكله بعضهم من جهة قاعدة الاحسان و ردّه في *الجواهر*

---

١. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ٩٨.

٢. *المصدر*.

٣. ج ٤٣، ص ٩٩.

بانّ الإحسان في رفعه لا في وضعه في مكان آخر ولو كان أقلاً سلوكاً. و ما ذكره أرجح. و على كل يلحق بالحجر الوسائل النقلية في عصرنا بأنواعها و كل الأشياء المانعة من المرور في هذه المسألة و سائر المسائل.

و منها لو وضع حجراً مع الحجر الذي جاء به السيل فعثر بهما انسان فمات أو انكسر أمكن التقسيط فيضمن النصف حينئذ و يهدر النصف الآخر و أمكن ضمان الجميع على الواضع، إلا أن الأول أوفق بالعدل و أصل البراءة وغيرهما كما في *الجواهر*.[1]

ولو فرضنا انه حفر بئراً امكان وضع الحجر فعن القواعد ضمان الجميع على الحافر على بحث طويل فيه في الجواهر.

و منها: انه ورد في معتبرة أبي‌بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن غلام دخل دار قوم يلعب فوقع في بئرهم هل يضمنون؟ قال: ليس يضمنون، فإن كانوا متهمين ضمنوا.[2]

أقول: في وثاقة وهيب‌بن‌حفص الواقع في سندها مناقشة ما. و أما المتن ففي الضمان بالاتهام اشكال و لذا قال في *الجواهر*: لعل الضمان ضمان قسامة لامطلقاً. و هو أنسب بالقواعد.

و منها: أنّ قضية إطلاق موثقة سماعة ضمان من حفر في ملك الغير و ان وقع فيه من دخل في ملك الغير بغير إذن مالكه؛ بل كان سارقاً وغاصباً، فوقع في البئر و إن كانت مكشوفة خلافاً للعلّامة حيث حكم بعدم الضمان في هذه الصورة. و الأظهر قول العلامة و الّا فلا بد من التوقف و لايمكن العمل بالاطلاق.

و منها انه لو حفر في ملك الغير باذنه فوقع فيها أحد و مات لا ضمان على الحافر بلا خلاف كما قيل ولا اشكال و يلحق بإذن المالك إذن الحاكم الشرعي، بل لو حفر

---

١. *المصدر*، ص ۱۰۰.

۲. *الوسائل*، ج ۲۹، ص ۲۵۵.

بغير إذنه ثم رضى به المالك بقاءاً سقط الضمان من الحافر لان الإبقاء كالإحداث كما عن جمع، خلافاً لبعضهم.[1]

و منها: انه لو كان الحفر في ملك مشترك ففي القواعد احتمل الضمان و نصفه إن كان الشريك واحداً و الثلثين إن كان اثنين و هكذا، و النصف مطلقاً.

و في *الجواهر*[2] و لكن لايخفي ان المتجه الأول كما عن الفخر و الكركي و الفاضل في *التحرير*، ضرورة كونه متعدياً بالحفر كله بعد الاشاعة. و احتمال عدم تعديه مطلقاً بل بالنسبة إلى حصة شريكه فيضمن ما قابل المتعدي فيه، أو ان المتردي تلف بالحفر و بعضه غيرمتعد فيه، فيكون قد تلف بسببين؛ أحدهما مباح و الآخر محرم. فيكون عليه النصف، إذ لا عبرة بتعدد أحدالسببين و كثرته كما ترى و الله العالم.

أقول: موضوع الضمان الحفر في ملك غيره و هو لايصدق في المقام لاشتراك الملك فقول *الجواهر* مشكل.

و منها انه لا فرقِ في الحكم بالضمان بما يضر بطريق المسلمين ـ كما في صحيح الحلبي السابق ـ بين حفر بئر أو حفيرة أو بناء أو غير ذلك و هو واضح كما انه لا فرق في البناء بين كونه بيتاً أو دكة أو مسجد أو غيرها على انه لايجوز البناء المذكور في الطريق الذي أحياه العابرون بالمرور من جهة الحكم التكليفي.

و هل يجوز البناء و غيره فيما لايضر بالمرور و المارة في الحال و المستقبل، إذا كان الأرض قبل جعله طريقاً من المباحات؟ الظاهر جواز ذلك تكليفاً لعدم المانع لكن تشخيص ذلك موكول إلى الحاكم الشرعي غالباً. بل لايبعد جوازه في غيرالموسع بأمر الحاكم للمصلحة العامة، و إذا أوجب البناء تلفاً أو ضرراً فهل يضمن الباني؟ فيه وجوه، ثالثها: التفصيل بين الموردين، فيقال بالضمان في الأول اعتماداً على موثقة سماعة بناء على عدم الفرق بين حفر البئر و البناء و غيره على تردد، و

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص١٠٢.

٢. *المصدر*، ص ٨٥.

بعدمه في الثاني - و هو البناء بإذن الحاكم - بناء على أنّ ولايته أقوى في الأمور العامة من ولاية المالك في ملكه و لاحظ تفصيله في *الجواهر*.[١]

٣. إذا غرق أحد أثناء تعلم السباحة، ضمنه المعلم و لو كان ولياً أو مأذوناً من قبله، و لايبعد إلحاق المقام بالطبيب و المريض في الضمان إلّا في فرض التبرّي عنه في الابتداء، ولا فرق في المفروق بين الصبي وغيره إلا في أوسعية صدق التقصير في حقه، نعم إذا غرق المتعلم - صبياً كان أو كبيراً - بغير فعل المعلم وتفريطه، فلا ضمان عليه للأصل.

٤. في رواية أبيبصير عن الصادق عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر فوقع على واحد منهم فمات فضمّن الباقين ديته، لأنّ كلّ واحد منهما ضامن لصاحبه[٢] لكنها ضعيفة سنداً رغم وجودها في الكتب المعتبرة و ليس فيها قوة خلافاً *للجواهر*، و المتأخرون لميعملوا بها أيضاً.

و مقتضى القاعدة إذا استند القتل خطأ إلى فعل جماعة كان المقتول أحدهم سقط من الدية بقدر حصة المقتول و الباقي منها على عاقلة الباقين، فإن كان الاشتراك بين العشرة سقط عشر الدية و تسع أعشارها على عاقلة التسعة الباقين و هكذا، و لعله لا خلاف فيه. و أما في مثال المنجنيق الذي ذكره الشيخ و نقله في *الجواهر* ففيه بحث. ثم انّه يمكن فرض العمد و شبهالعمد في المسألة أيضاً فيترتب عليهما حكمهما.

٥. إذا قصد اصلاح سفينة أو طائرة حال سيرها فغرقت أو سقطت بفعله كما لو أسمر مسماراً أو قطع لوحة أوردم موضعاً (أي سد فرجه) فانهتك فهو ضامن في ماله دية النفوس التالفة، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر[٣] لانه قصد الفعل دون القتل فهو شبيه عمد و اما ضمان المال فهو للإتلاف. و قد يكون الاصلاح مجرد احسان و كان الغرق أو السقوط متعيناً لولا الاصلاح ففي هذا الفرض لا وجه لضمانه.

---

١. ج٤٣، ص١٠٣ـ ١٠٦.

٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٣٦.

٣. ج٤٣، ص١١٣.

٦. لايضمن مالك الجدار ما يتلف من إنسان أو حيوان أو متاع آخر بوقوع جداره عليه، إذا كان قد بناه في ملكه أو في مكان مباح، و في *الجواهر*:[١] علي اساس يثبت مثله عادة، فسقط من دون ميل و لا استهدام علی خلاف العادة، بلا خلاف و لا اشكال للأصل، بعد عدم التعدي و التفريط و نصوص الضمان لاتشمله جزماً. و كذلك لو وقع في طريق فمات شخص بغباره أو بتطائر شيء منه.

وفي المباني:[٢] ان الضمان يدور مدار الإضرار و التفريط فلا ضمان بدونه.

نعم لو بناه مائلاً إلى غير ملكه (أي في فضاء الغير) أو بناه في أرض غيره فسقط و أوجب تلفا ضمنه بلا خلاف و لا اشكال، للإضرار و التفريط.[٣]

## فروع

الف) عن القواعد: لو بناه مائلاً إلى ملكه فوقع إلى غير ملكه أو إلى ملكه إلّا أنه طفر شيء من الآجر و الخشب و آلات البناء إلى الشارع فأصاب إنساناً لم يضمن لانه ممكّن من البناءِ في ملكه كيف شاء بلا ضمان كما في موثقة سماعة المتقدمة، و هذا هو مختار *المبسوط* و *الشرائع* و *الجواهر* و عن العلامة بعد عبارته المتقدمة: ولو قيل بالضمان ان عرف حصول التطائر كان موجهاً. و لعله لعلمه صار متعدياً كما لو بناه مائلاً إلى الشارع بل اختاره ولده و الكركي و الشهيد الثاني.

و في *الجواهر*: لكن فيه منع واضح، و الظاهر نظره إلى موثقة سماعة: (أمّا حفر في ملكه فليس عليه ضمان) لكن يحتمل انصرافه عن فرض القواعد فالمسألة لاتخلو عن إشكال.

ب) في *الجواهر*:[٤] ولو بناه مائلاً إلى الشارع ضمن بلا خلاف للتعدّي و قاعدة نفي الضرر.

---

١. *المصدر*.

٢. ج ٢، ص ٢٤٤.

٣. *المصدر*.

٤. ج ٤٣، ص ١١٤.

أقول: التعدي مبني على عدم جواز التصرف في فضاء الطريق و فيه بحث ذكرناه في بعض كتبنا. و قاعدة نفي الضرر تنفي الحكم الضرري و لاتثبت حكماً لنفي الضرر كما هو المشهور اليوم و فيه أيضاً بحث و تقدم عن الأستاذ السيد الخوئي انّ موضوع الضمان هو الإضرار و التفريط.

ج) لو بناه في ملكه مستوياً فمال إلى الطريق أو إلى غير ملكه ضمن أن تمكن من الازالة و لميزله. و أما لو وقع قبل التمكن لميضمن ما يتلف به لعدم التعدي كما في *الشرائع*.[1]

د) لو مال بعضه دون بعض ثم سقط جميعه، قيل يضمن ما تلف بما مال دون غيره فلو شك فلا ضمان. و في *الجواهر*: و فيه انّه لاتعدي فيه بعد فرض كونه في ملكه مثلاً (مائلاً) بل هو كوضع اناء على ملكه فسقط فاتلف الغير الذي ستسمع تصريح المصنف و غيره بعدم الضمان فيه للأصل. اللّهم الا أن يستفاد من فحوى النصوص السابقة و فيه بحث... .

أقول: إذا احتمل عقلائياً سقوط الاناء من جداره المملوك على رأس العابرين كما في فرض الريح الحادة فالمثال المذكور أيضاً داخل في محل البحث و قضية العدل و بناء العقلاء على ضمانه و العمدة في عدمه اطلاق الشق الأول في موثقة سماعة المتقدمة و يمكن دعوي انصرافه عن هذا الفرض.

ه) لو كان الحائط لصبي كان الضمان على الولي مع التفريط كما عن *التحرير* بل يمكن القول مع تفريط الولي كغفلته أو غيبته إذا كان الصبي مفرط بضمان العاقلة لقوله: عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة. فتأمل.

و) قيل كذا الحاكم بالنسبة إلى جدار الغائب مع العلم بميله و تمكنه، لانه ولي له. و رده في *الجواهر*[2] بمنع ثبوت ولايته عنه علي وجه يقتضي ذلك للاصل و غيره. فتأمل.

---

۱. *المصدر*.

۲. ج۴۳، ص ۱۱۵.

ز) عن التحرير: لو مال الحائط إلى ملك الغير فأبرأه الغير سقط الضمان، كما إذا باعه فانه حينئذ على المشتري بخلاف ما إذا وهبه و لم‌يقبضه، فانه لم‌يزل الضمان عنه.

أقول: تقدم الاشكال فيه و قياسه على البيع بلا وجه. و منه يظهر الحال فيما إذا استهدم الحائط من غير ميل، بل عن القواعد هو كالميل. نعم للغير ابراء ذمة المالك عما يتلفه من امواله و دية نفسه و من يتولاه.

ح) عن *المسالك*: و في مطالبته بنقض الحائط وجهان من انه لم‌يتجاوز ملكه و من لحوق الضرر به كالميل و هذا أظهر. لكن في محكي *المبسوط* انه لايملك الجار مطالبة جاره بنقضه، إلا إذا مال إلى فضاء الجار فيملك مطالبة النقض حينئذ. و هذا هو الظاهر من صاحب الجواهر الميل إليه[1] و الأحوط الأول.

و يمكن أن يقال بجواز نقضه للجار إذا لم‌يرض به المالك و لم‌يتسيّر الترافع إلى الحاكم الشرعي لقاعدة الحرج النافية لحرمة التصرف في مال الغير لكن في ضمانه في فرض الحرج وجهان[2] والله العالم.

## مقدمة

ضابط الضمان ان كلّ ما كان للإنسان إحداثه في الطريق لايضمن ما يتلف بسببه، لا لعدم استتباع الجواز الضمان، ضرورة عدم المنافاة بينهما عقلاً ولا شرعاً، بل للأصل بعد عدم ما يدل على الضمان به مطلقاً حتى مع الأذن من المالك الحقيقي، و ذلك لظهور ما عرفت من النص و الفتوى من انه يضمن بما ليس له إحداثه كوضع الحجر و حفر البئر و نحو ذلك مما متأهل للضرر في الطريق على وجه لايجوز له فعله فيه.

---

١. *المصدر*، ص ١١٦.

٢. سيأتي في المقدمة التالية ما يتعلق بهذا من الوجهين و ترجيح أحدهما على الآخر.

و يلحق به فعل الساهي و الغافل و غير المكلف كما في غير المقام من الأسباب التي لا فرق فيها بين المكلّف و غيره. و من هنا يتجه عدم اختصاص السبب بالعدواني، نعم يخرج منه المأذون فيه شرعاً كما في *الجواهر*.[١]

أقول: العمدة في إثبات هذا الضابط موثقة سماعة المتقدمة[٢] لكن مرت المنافقشة منا في بعض فقراته إطلاقاً و انصرافاً. والله اعلم.

٧. يجوز نصب الميازيب إلى الطرق النافذه وعليه سيرة الناس في جميع الأعصار و الأمصار كما في *الجواهر*، و عن جماعة منهم المحقق في النافع دعوى الاجماع عليه. نعم هو مقيد بعدم الضرر على المارة فانه لا سيرة لنا به تقتضي نصبه على وجه يكون متهيّأً للضرر كما في *الجواهر*[٣] و عليه فلايضمن لو وقع و أتلف كما صرح به الشيخ المفيد و تبعه جمع.

و قال الشيخ الطوسي وجماعة بالضمان، لان نصبها مشروط بالسلامة، و عن الخلاف دعوى اجماع الامة عليه و في *الجواهر*:[٤] و إجماع الخلاف إن كان المراد ما يشمل الفرض (جواز النصب) واضح المنع بل يمكن دعواه بالعكس[٥] كما انك قد عرفت مكرراً عدم الضمان بالشرائط إلا ما استفيد من النصوص.

أقول: الأظهر عدم الضمان إذا كان سقوطها غيرمترقب، و أما إذا وجدت أمارة السقوط فلميصلحها فلايبعد القول بالضمان كما مر في النظائر لبناء العقلاء و قاعدة العدل.

## بقيت فروع المسألة

أولها: انه إذا كان الطريق مرفوعاً لميجز (نصب الميزاب) إلا بإذن الشريك و الّا ضمن و إن لميكن مضراً إلّا القدر الداخل في ملكه فإنه سائغ، كما في *الجواهر*.

---

١. ج٤٣، ص١٢١.
٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٤٢.
٣. ج٤٣، ص١١٧.
٤. *المصدر*، ص١١٨.
٥. *المصدر*، ص١١٩.

أقول: لنا فيه كلام ذكرناه في كتابنا «الارض في الفقه» في بحث المشتركات (ص ١٦٦).

ثانيها: إذا سقطت الميازيب و اضرّت بالطريق فصاحبها ضامن لاصلاح الطريق و ان جاز نصبها، لصحيح الكناني: من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن. وهذا ربما ينافي ما تقدم في المقدمة فتدبر.

ثالثها: عن السكوني عن الصادق عن رسول الله ﷺ: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتد وتداً أو أوثق دابة أو حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فهو له ضامن (ب ١١ من موجبات الضمان).

لكنه ضعيف سنداً و متنه غيرمربوط بالمقام - و هو سقوط الميزاب - فإنه ظاهر في نصبه، فيكون نصبه مضراً بالطريق فهو يوجب الضمان على القاعدة. فافهم.

رابعها: انه لا فرق بين نصب الميزاب و اخراج الرواشن و الأجنحة و غيرها، إذا لم‌تكن مضرة بالمارة، فلو قتلت الخشبة أحداً لم‌يضمن مالكها كما عرفت. و عن الشيخ انه يضمن نصفَ الدية لأنه هلك بمباح، و هو ما كان منها في ملكه و محظور، و هو ما كان في الهواء، لكن الحظر ممنوع كما مر.

٨. لو أجج ناراً في ملكه مع عدم احتمال التعدي لم‌يضمن ولو اتفق انها سرت إلى غيره بطيران شراره مع سكون الهواء أو وجود حائل من الريح و لم‌يتجاوز قدر الحاجة، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل و ان تجاوزها إلّا أن تزيد على قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتعدي كما في أيام الأهوية و عدم الحائل بلا خلاف و لا اشكال مع إرادة العلم من غلبة الظن لقاعدة نفي الضرر و الضرار و صدق الاتلاف عليه. بل الظاهر ذلك مع الفرض المزبور و ان لم‌يزد علي قدر الحاجة، بل الظاهر الضمان به مع قضاء العادة بالتعدي و ان غفل هو عن ذلك كما في *الجواهر*.[١]

و الأحسن أن يقال كما في مباني التكملة:[٢] لو أجج ناراً في ملكه فسرت إلى ملك

---

١. ج ٤٣، ص ١٢٢.

٢. ج ٢، ص ٢٤٥.

غيره اتفاقاً لم‌يضمن، إلّا إذا كانت في معرض السراية كما لو كانت كثيرة أو كانت الريح عاصفة فانه يضمن كما يظهر من المسألة السابقة. و لو أججّها في ملك الغير بدون إذنه ضمن ما يتلف بسببها من الأموال و الأنفس لعين ما مر من الإضرار و التعدي لموثقة سماعة.

تنبيه: ولو قصد اتلاف النفس أو كان التأجيج مما يترتب عليه ذلك عادة، و إن لم‌يكن المقصود إتلافها و لم‌يكن الشخص التالف متمكناً من الفرار ثبت عليه القود.

تنبيه ثان: في *الجواهر*[1] فيمن أجج في ملك غيره أنه يضمن في ماله، لانه عدوان مقصود كحفر البئر في ملك الغير عدواناً من كون الضمان فيه على الفاعل، لظاهر الأدلة و من هنا اشتهر فيما بينهم ان الضمان بالشرط على الفاعل دون العاقلة، لكن في محكي *السرائر*: «ان قصد بالاشعال، القتل فهو قتل عمد، و ان لم‌يقصد كان خطأ محضاً، و الدية علي العاقلة و حكم بضمانه الأموال.

و عن *التحرير*: و ان قصد باضرام النار إحراق المنزل و المال، الخاصة و تعدّي الإتلاف إلى النفس من غير قصد، ضمن المال في ماله، و كانت دية النفس على عاقلته.

و ردّه في *الجواهر*: و لايخفى عليك ما في اطلاقه بعد الاحاطة بما ذكرناه، و لعل التحقيق كون الضمان في ماله مع فرض كون التلف باشعال النار على نحو التلف بحفر البئر و غيره من الشرائط، بخلاف ما إذا كان بتوليد فعله على وجه سبب إليه ما يترتب عليه، فان ذلك تجري فيه حينئذ الأقسام الثلاثة؛ العمد و شبهه و الخطأ المحض ضرورة كونه كغيره من أفعال المباشرة بل لعلّ ما في النهاية... يرجع إليه، قال: و من رمي في دار غيره متعمداً ناراً فاحترقت و ما فيها كان ضامناً لجميع ما في الدار من النفوس و الآثاث و الامتعة و غيرذلك، ثم يجب عليه بعد ذلك القتل.

ضرورة ظهور الضمان في كلامه فيما سمعته من الدية و اعواض الأموال. و أمّا ما

---

١. ج۴۳، ص ۱۲۴.

ذكره من القتل فلعله لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه أن علياً قضي في رجل أقبل بنار أشعلها في دار قوم فاحترقت الدار و احترق أهلها و احترق متاعهم: قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل.[١] و بهذا الخبر استدل الفاضل على قول النهاية. بل عن حواشي الشهيد أن عليه اكثر الأصحاب. و في *الجواهر*: وجهه انه مفسد مع فرض اعتياده لذلك على وجه يكون به محاربا.[٢]

أقول: الخبر ضعيف سنداً و ظاهر في قتل العمد، و حمل كلام النهاية على قول *الجواهر* غيرواضح، ولذا قال المحقق في النكت يقتل قولاً واحداً. فلاحظ الكلام المحقق و رد *الجواهر* عليه.[٣]

٩. نقل عن الشيخ؈: لو بالت دابته في الطريق يضمن أن زلق فيه إنسان مثلاً، سواء كان راكبها أو قائدها أو سائقها، لانه في جميع التقادير بيده فهو كما بال هو، و تبعه بعض آخر، و قيده في القواعد بفرض الوقوف على اشكال (فزلق إنسان فلا ضمان إلا مع الوقوف على اشكال).

و لعلّ وجه الإشكال، انّ بول الدابة من السبب كالقاء القشر في الطريق فيضمن، و من الأصل و عدم الاختيار في ذلك، مع كون السير بالدابة في تلك الأزمان من ضروريات الاستطراق و موضوعات الطرق. و قيل لايضمن إلّا مع الوقوف لغيرضرورة و عدم علم الزالق بالروث و البول أو علم و لم‌يتمكن من التحرز.

و ناقشه في *الجواهر*[٤] بانّ ذلك ليس من أفعاله، و كونها بيده لايقتضي نسبة ذلك إليه، مضافاً إلى السيرة المستمرة على عدم التحرز عن ذلك و عدم وجوب إزالته و عدم الضمان لما يترتب عليه من غير فرق بين الماشية و الواقفة، إذ الوقوف جائز له أيضاً مع عدم تضرر المارة به.

---

١. *الوسائل*، ب ٤١ من موجبات الضمان.

٢. ج ٤٣، ص ١٢٥.

٣. *المصدر*.

٤. *المصدر*، ص ١٢٧.

أقول: فالأصل عدم الضمان.

١٠. لو أسال الماء في الطريق أو ألقى قمامة المنزل المزلقة كقشر بطيخ أو موز أو نحوه فتلف أو كسر عضوه ضمن، لما مر من صحيح الحلبي و موثقة سماعة.

و أما الرش فهو غيرمضر، و قد جرت السيرة على جوازه من دون نكير، فلايضمن به خلافاً للشيخ حيث ضمّن به مطلقاً و خلافاً للشرائع حيث خص الضمان[1] بمن لم‌ير الرش.

نعم اختصاص الضمان بمن لم‌ير القمامة أو رأها و لكنه لم‌يتمكن من التحرز إمّا لعجزه، أو لقصوره كالصبيان و البهائم لا بأس به. و ما في *الجواهر*[2] من إيجابه الضمان في فرض التعمد أيضاً بإطلاق أدلة الضمان مخدوش بانصرافها عنه، و لقوة المباشر.

و اعلم انّ ظاهر الجواهر في أصل المسألة عدم الضمان، قال: لعل السيرة في جميع الأعصار و الأمصار مع الأصل تقتضي الجواز و اتفاق الضرر نادراً لاينافي ذلك، و قد عرفت غير مرة أنّ الإذن الشرعية أقوى من الإذن المالكية في دفع الضمان.

و حاصله إلحاق القمامة و المعاثر و إسالة الماء بالرش بعين الملاك لكنه غيرظاهر، و ما ذكرنا تبعاً للسيد الأستاذ الخوئي[3] هو الأظهر.

١١. لو وضع إناء مثلاً على حائطه أو شجره فتلف بسقوطه نفس أو مال لم‌يضمن بلا خلاف و لا اشكال، لانه تصرف في ملكه من غير عدوان، كما في *الجواهر*، لكن إذا كان في معرض السقوط لريح أو لسبب آخر لايبعد به الضمان لقاعدة العدل. و لعله منصرف عنه، وفاقاً للسيد الأستاذ وخلافاً لصاحب الجواهر. و هكذا لايبعد الضمان لو وضعه مائلاً إلى الطريق و ان قلنا بجواز مثل هذا التصرف في فضاء الطريق كما هو غيربعيد فتأمل.

---

١. *المصدر*.

٢. ج٤٣، ص١٢٨.

٣. *مباني تكملة المنهاج*، ج٢، ص ٢٤٦.

۱۲. يجب حفظ الدابة الصائلة (سركش و مضر) كالبعير المغتلم و الكلب العقور لحرمة الإضرار بالغير، و لقاعدة نفي الضرر، بناء على جريانها في إثبات الأحكام إذا كان عدم الحكم ضررياً كما يظهر من صاحب الجواهر فيما سبق و في المقام[1] و قال: بلا خلاف أجده فيه و لا إشكال. فلو أهملها وجنت، فضمن جنايتها، فانّ إهماله بعد الوجوب الشرعي عدوان و تفريط و ضرره مضمون على مالكها، و لصحيح الحلبي عن أبي‌عبدالله‌ﷺ قال: سئل عن بختي (الابل الخراسانية) اغتلم.[2] فخرج من الدار فقتل رجلاً، فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف (فعقره) فقال: صاحب البختي ضامن للدية و يقتص (يقبض) ثمن الدية.[3]

أقول: إطلاق الرواية يشمل فرض إهمال المالك و ترك مراقبته و فرض قصوره في الليل و النهار. و لا فرق بين البختي و سائر الذواب حتى الهرة الضاربة من هذه الجهة عرفاً، و ان تردد فيه المحقق و نقل صاحب الجواهر عن فقهاء العامة أربعة أقوال من ضمان ما يتلفه الهرة الضاربة.[4]

و ظاهر سيدنا الأستاذ الخوئي او صريحه عدم ضمان ما يتلفه الهرة[5] و دليله ضعيف فانّنا لم‌نحرز العادة التي ادعاه في الهرة المملوكة في بلاد الشرق و انما الموجودة في بيوتنا غيرمملوكة تجيء و تروح بإرادته.

و تؤيد صحيح الحلبي، رواية علي‌بن‌جعفر[6] و فيه: و لصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه لكن سندها غيرمعتبر كما حققناه في كتابنا «بحوث في علم الرجال».

---

۱. *الجواهر*، ج۴۳، ص۱۲۹.
۲. الاغتلام: هيجان الشهوة.
۳. *الوسائل*، ج۲۹، ص۲۵۰.
٤. *الجواهر*، ج۴۳، ص۱۳۱.
٥. *مباني تكملة المنهاج*، ج۲، ص۲۵۱.
٦. *الوسائل*، ج۲۹، ص۲۵۱.

و في رواية أخرىٰ له: سألته عن بختي اغتلم فقتل رجلاً، ما على صاحبه؟ قال عليه الدية[١] لكن في سندها محمدبن‌أحمدبن‌اسماعيل العلوي، و في حسنة تردد، و الأستاذ بنى عليه لقول النجاشي في حقه أنه من شيوخ أصحابنا. و اطلاقها كإطلاق الأولى.

لكن السيد الأستاذ قال:[٢] نعم لو جهل المالك بالحال أو علم و لكنه لم‌يفرط فلا ضمان عليه، و استدل له بأمور بعد قوله: بلا خلاف ظاهر:

أولها: انصراف إطلاق ما دلّ على الضمان عن فرض عدم تقصير المالك، لكنه ممنوع.

ثانيها: ما تقدم من قوله صلى الله عليه و آله: البئر جبار و العجماء و المعدن جبار (ب٤٢ ح ٢ـ ٥ من موجبات الضمان).

قال: و من المعلوم أنّ العجماء انما يكون جبار في فرض عدم التسبيب و التفريط من قبل المالك كما في المقام و الا فلا شبهة في الضمان.[٣]

و اما صاحب الجواهر فقال: القحماء جبار و قصوره من وجوه[٤] فيجب حمله على غيرالمفروض أو غيرالمملوك أو التي لم‌يفرط في حفظها أو التي فرّط في التالف بالتعرض بها.

أقول: ما ذكره السيد الأستاذ، حسن، لكنه ليس بجمع صناعي، بل هو تبرعي.

ثالثها: روايات دالة على مدعاه و لكنها ضعاف بالسكوني و النوفلي و غيرهما و ليست بحجة.

رابعها: خبر زيدبن‌علي... عن علي عليه السلام انّه كان يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً و لايضمنه إذا عقر بالليل. و إذا دخلت دار قوم باذنهم فعقرك كلبهم فهم ضامنون. و

---

١. *المصدر*.

٢. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ٢، ص٢٤٧.

٣. *المصدر*، ص٢٤٨.

٤. كان المناسب بيان تلك الوجوه.

إذا دخلت بغيرإذن فلا ضمان عليهم.[1] لكنه أيضاً غيرمعتبر لجهالة منبه بن عبدالله أبي الجوزاء على الأقوى فالعمدة في الاستثناء المذكور هو نفي وجدان الخلاف بين من تعرض له كما في *الجواهر* تدليلاً لكلام ماتنه، و جعل الشهرة سبباً للشك في إطلاق الحديث.

## فروع

الف) في *الشرائع* و *الجواهر*: (لو جنى على صائلة جان لدفع) عن نفسه أو نفس محترمة أو مال كذلك (لم يضمن) بلا خلاف، ضرورة أولويته من هدر النفس له. نعم ينبغي الاقتصار على مقدار ما يحصل به الدفع كما مر مفصلاً في الدفاع.[2]

أقول: عدم الضمان في الدفاع من نفسه و ماله بالمقدار اللازم ظاهر. و أمّا في مقام الدفاع عن نفس محترمة فلإيجاب الشارع حفظه و هو مالك الملك فلا ضمان. و أمّا في مقام الدفاع عن مال الغير تبرعاً ـ خصوصاً مع كونه أقلّ قيمة من الحيوان ـ فلا دليل على نفيه، و َلعله لا لوم على من قال بضمانه و إن لم أر من قال به.

ب) ولو جنى عل الصائلة لغيرالدفع و لو للانتقام فهو ضامن لقاعدة الإتلاف و لما مرّ من صحيح الحلبي.

ج) في *الجواهر*[3] ربما أشعر تقييدهم البعير بالمغتلم و نحوه، باختصاص الضمان فيه، إلا انّ المتجه القول فيه، بالضمان مع التفريط أيضاً بما جرت العادة فيه من حفظها كما انّ ما تسمعه في... (أي المسألة الآتية) من النص و الفتوى دال عليه، و امّا مع عدمه فلا ضمان قطعاً للأصل و غيره.

أقول: و يمكن أن يستدل عليه بقوله صلى الله عليه و آله: العجماء جبار، و مرّ الإشكال في وجه تخصيصه بالفرض الأخير.

---

١. *الوسائل*، ج ٢٩، ص ٢٥٥.

٢. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ١٣٠.

٣. *المصدر*، ص ١٣١.

تنبيه: و على الأول هل يثبت الضمان حتى يحرز عدم التفريط أو هو غيرثابت إلا إذا ثبت التفريط و يظهر الثمرة في صورة الشك، ظاهر صحيح الحلبي السابق هو الأول لكنه في الصائلة، و في غيرها يمكن اختيار الثاني فلاحظ. و قال صاحب الجواهر في آخر المسألة الآتية (١٣)... و إن كان الذي يظهر عن المصنف و غيره اعتبار ثبوت التفريط في الضمان و الا فلا ضمان للأصل و جبار القحماء و غير ذلك و المسألة غيرمحررة و ان كان الأخير لايخلو من قوة... كما انه يشهد للأول إطلاق النص في ضمان البختي المغتلم من دون اعتبار للعلم بتفريطه و لكن ظاهر الفتاوى خلافه.[١]

د) أفتى جمع بجواز قتل الهرة الضاربة: و عن *المسالك*: ظاهرهم الاتفاق عليه كغيره من المؤذيات و في *الجواهر*:[٢] ظاهرهم الهدرية مع ذلك و هو كذلك في مقام الدفاع و في غيره عرفت النص و الفتوى بضمانه؛ بل قد يشكل أصل الجواز و ان جاز في المؤذي غيرالمملوك، و مع التسليم، فالمتجه الضمان، جمعاً بين الحقين.

أقول: ما ذكره لا بأس به.

١٣. في رواية هارون قال: سألت أباعبداللهعليه السلام عن البقر و الغنم و الابل تكون في الرعي (المرعى) فتفسد شيئاً هل عليها ضمان؟ فقال: ان أفسدت نهاراً فليس عليها ضمان من أجل انّ أصحابه يحفظونه، و إن أفسدت ليلاً، فانه عليها ضمان.[٣]

و في رواية السكوني عنهعليه السلام كان علي لايضمن ما أفسدت البهائم نهاراً و يقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه، و كان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً.[٤]

أقول: سنداً الأولى مخدوش بيزيدبن‌اسحاق شعر و الثاني بالسكوني، و المستفاد من كلتيهما أن العادة جارية علي حفظ مالك الزرع زرعه نهارا دون الليل، فعليه

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص ١٣٤.

٢. *المصدر*، ص١٣٢.

٣. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٧٧، ح٣.

٤. *المصدر*، ح١.

حفظه، فاذا اكلته البهائم نهاراً فهو بتفريط منه، واما إذا اكلته ليلاً فهو ليس بتفريط من المالك فيضمن صاحب البهيمة وليس فيهما وجوب حفظ البهيمة علي مالكها ليلا.

فالمناط في ضمان الزرع عدم تفريط مالك الزرع، و ان قبلنا الروايتين كالسيد الأستاذ الخوئي[1] و الا فهو مستند إلى تفريط صاحب البهائم و عدوانه عرفاً. و بعبارة واضحة انّ المقام يدخل في المسألة ١٢ فتأمّل أو يقال أكلها جبار.

١٤. لو هجمت دابة على الأخرى، فجنت الدابة الداخلة فعن جمع أنّه ضمن مالكها، و قيد المحقق و غيره من المتأخرين الضمان بتفريط مالكها في الاحتفاظ، و ان جنت المدخول عليها كان هدراً، و الأصل في عنوان المسألة خبر مصعب بن سلام و مرسل الحلبي و مرسل صباح عن الإسكاف[2] لكن الروايات الثلاثة ضعيفة سنداً، و لأجله قيدوا الضمان بالتفريط.[3]

١٥. إذا دخل دار قوم فعقره كلبهم ضمنوا جناية إن كان الدخول بإذنهم و الا فلا ضمان عليهم بلا خلاف يوجد، أو بلا خلاف بين الفقهاء. و تدل عليه ثلاثة روايات كلها غيرمعتبرة بل يحتمل اتحاد الراوي فى الأوليتين منها كاتحاد الأخيرتين منها[4] و في الثالثة و الرابعة: ان علياً يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً و لايضمنه إذا عقر بالليل. قلت هذا الأخير قد مر بحثه.

و في *الجواهر*:[5] إطلاق النص و الفتوى يقتضي عدم الفرق بين أن يكون الكلب حاضراً في الدار عند الدخول و عدمه، و لا بين علمهم بكونه يعقر الداخل و عدمه. ولو أذن بعض من في الدار دون بعض، فإن كان ممن يجوز الدخول بإذنه اختص الضمان به و الا فكما لو لميأذن و لو اختلفا في الإذن و عدمه، فالقول قول منكره

---

١. *مبانى تكملة المنهاج*، ج ٢، ص٢٤٨.
٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٥٦ ـ ٥٧.
٣. ج٤٣، ص ١٣٥.
٤. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٥٥.
٥. ج٤٣، ص ١٣٥.

للأصل، ثمّ انه رحمه الله اعتبر الإذن الخاصة دون العامة و جعله بمنزلة صريح بعض الروايات المشار إليها، و قال: و يؤيده الأصل و غيره.

أقول: الأظهر عندي في ثبوت الضمان الإذن عند الدخول، فإذا دعى صاحب الدار أحداً يوم الخميس فدخل في داره يوم الجمعة بمجرد تلك الدعوة السابقة يشكل الضمان، بل حينما يصل إلى باب داره يستأذنه و حينئذ يضمن الإذن ان عقره كلبه، نعم إذا دعاه إلى دخول داره يوم الخمس ساعة خمس مثلاً، فدخل في تلك الساعة ضمنه الداعي إذا عقره و الله العالم.

١٦. يضمن راكب الدابة و قائدها ما تجنيه بيديها. و كذلك ما تجنيه برجليها إن كانت الجناية مستندة إليهما بأن كانت بتفريط منهما و الا فلا ضمان.

أمّا الضمان في الفرض الأخير فهو مطابق للقاعدة المستفادة من الروايات كرواية أبي‌مريم الآتية في هذا المقام. و أما الضمان في الفرض الأول فلروايات معتبرة مؤيدة بروايات غيرمعتبرة كلها مذكورة في الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان.[١]

منها صحيح الحلبي انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يمر على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته إنسانا برجلها؟ فقال: ليس عليه ما أصابت برجلها، و لكن عليه ما أصابت بيدها، لأنّ رجليها خلفه إن ركب، فإن كان قاد بها، فإنه يملك بإذن الله يدها يضعها حيث يشاء و في معتبرة أبي‌مريم عن أبي‌جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في صاحب الدابة انّه يضمن ما وطأت بيدها و رجلها و ما نفحت (أي طربت و رفست) برجلها فلا ضمان عليه، إلا أن يضربها إنسان.[٢]

اطلاقه (صاحب الدابة) محمول على الراكب و القائد كما في صحيح الحلبي. و أما كلمة رجلها فمع عدم تناسبها مع ما بعدها غيرمذكورة في *التهذيب*[٣] و عن السيد الأستاذ انه يظهر من *الوافي* ان هذه الكلمة لم‌تكن في *الكافي* ايضاً فتكون نسخ

---

١. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٢٤٦.

٢. *المصدر*، ص٢٤٧ ـ ٢٤٨.

٣. *التهذيب*، ج ١٠، ص٢٢٧، طبعة دارالكتب الاسلامية.

*الكافي* مختلفة. و يظهر من *جامع الاحاديث* انها غيرموجودة ـ على وجه ـ في الاستبصار أيضاً.

و في صحيح غياث‌بن‌إبراهيم المروي في *الفقيه* عن أبيه أن علياً ضمّن صاحب الدابة ما وطئت بيديها وما بعجت (جرحت) برجلها، فلا ضمان عليه إلّا أن يضر بها إنسان[١] لكن في *التهذيب* زيادة كلمة: و رجليها بعد يديها[٢] و قال السيد الأستاذ:[٣] و يظهر من *الوافي* ان هذه الكلمة غيرموجودة في *التهذيب* أيضاً، فنسخ *التهذيب* مختلفة.

و في صحيح سليمان‌بن‌خالد ـ على المشهور ـ انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن رجل مر في طريق المسلمين، فتصيب دابته برجلها؟ فقال: ليس على صاحب الدابة شيء مما أصابت برجلها، و لكن عليه ما أصابت بيدها لأن رجلها خلفه، إذا ركب، و ان قاد دابته فان يملك رجلها بإذن الله، يضعها حيث يشاء[٤] لكن في التهذيبين و *جامع الاحاديث*: فانه يملك يدها. و هذا هو الظاهر من المباني.[٥]

نعم في خبر اسحاق‌بن‌عمار عن جعفر عن أبيه أن علياً كان يضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها و رجلها إلا أن يعبث بها أحداً، فيكون الضمان على الذي عبث بها.[٦] لكن الأظهر ان غياثاً هو ابن‌كلوب كما نقله الجامع عن الاستبصار التصريح به، و قد عدلت أخيراً عن الحكم بوثاقته، فالرواية غيرحجة.

فضمان ما يتلف برجلها بالنسبة إلى القائد و الراكب غيرثابت إلّا بالتفريط كائناً من كان المفرط، و أما بالنسبة إلى السائق فالمعروف المشهور انه يضمن ما تجنيه دابته برجلها و يدها.

---

١. *جامع احاديث الشيعه*، ج٣١، ص٣٦٧ و *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٤٨.
٢. *التهذيب*، ج١٠، ص ٢٢٤.
٣. *مبانى تكملة المنهاج*، ج٢، ص٢٥٣.
٤. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٤٩، ح٩.
٥. *مبانى تكملة المنهاج*، ج٢، ص٢٥٢.
٦. *التهذيب*، ج١٠، ص ٢٢٦ و *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٤٩.

و قد ادعى عليه الاجماع. و السيد الخوئي أنكر الضمان بيدها، و خصه برجلها لروايتين غيرمعتبرتين سنداً[١] فالحكم لايخلو عن إشكال الا مع التفريط الا أن يتمسك بالتعليل المذكور في صحيحي الحلبي و سليمان، و لم‌يوجد فيه مخالف فلاحظ: *الجواهر*.[٢]

## فروع المسألة

أولها: ان القائد و الراكب لايضمنان ما ضربته بحافرها، إلا إذا عبث أحد فيضمن العابث جنايتها[٣] لمعتبرتي في أبي‌مريم و غياث‌بن‌إبراهيم.

ثانيها: ان المشهور ان من وقف بدابته فعليه ضمان ما تصيبه بيدها و رجلها، و ألحق في *الجواهر* رأسها بيديها و رجلها، و لذا لا فرق بين الطريق الضيق و الواسع و المفرط و غيره و الراكب و السائق و القائد، عملاً باطلاق النص و الفتوىٰ، و المراد بالنص الذي هو مدرك الحكم رواية العلاءبن‌الفضيل عن أبي‌عبدالله‌عليه السلام انه سئل عن رجل يسير على طريق من طريق المسلمين على دابته فتصيب برجلها. قال: ليس عليه ما أصابت برجلها. وعليه ما أصابت بيدها. و إذا وقف فعليه ما أصابت بيدها و رجلها و ان كان يسوقها فعليه ما اصابت بيدها و رجلها أيضاً[٤] و سند الرواية بمحمدبن‌سنان ضعيف.

و لأجله قال السيد الأستاذ الخوئي: الأقرب عدم الضمان[٥] لكنه أيضاً غيرصحيح. و الأظهر في غير فرض التفريط و الاضرار بالطريق المستلزمين للضمان، انّ الواقف كالسائر، فإن كان راكباً أو قائداً يضمن ما اتلفتها بيدها، و إن كان سائقاً أي كان واقفا

---

١. *مبانی تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٥٣.
٢. ج ٤٣، ص ١٤٠.
٣. *مبانی تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٥٣.
٤. *الوسائل*، ج ٢٩، ص ٢٤٧.
٥. *مبانی تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٥٥.

عقبها يضمن ما جنته برجلها على اشكال في صحة رواياتها، لإطلاق بعض ما سبق كمعتبرة أبي‌مريم. والله أعلم، ثم انه لا خصوصية لطريق المسلمين و الحكم جار في غيره أيضاً.

ثالثها: لايبعد إلحاق الرأس باليدين كما في صحيح الحلبي و سليمان من أجل التعليل وفاقاً لجماعة من الفقهاء رحمهم الله.

رابعها: لو ركب على عكس المتعارف لايبعد العكس في الضمان كما لايخفىٰ.

خامسها: لو كان لها راكب و قائد فأتلفت بيدها لايبعد الاشتراك بينهما في الضمان.

سادسها: لا حكم لراكب القطار و السيارة و الطائرة و نحوها و الضمان مخصوص بالقائد و إذا كان للقطار سائق ففي ضمانه تردد بل لايبعد العدم إذا لم‌يكن له أثر في حركة القطار و كذا الحال في من يجلس من العملة مع الطيار في بيته في الطائرة. و في ضمان قائديها بتمام إذ يالها و مؤخراتها و حتى أجنحتها وجهان.

سابعها: لو كان المقود و المسوق قطاراً من الحيوانات حتى إذا كانت خمساً فضلاً عن كونها عشرة لايجَري الحكم المخالف للأصل، إذ لا قدرة للقائد أو السائق على حفظ الدابة من الجنابة على غيرالأول و الآخرة منها. و كذا إذا كان الحيوانات كثيرة على غير شكل القطار.

ثامنها: لو ركب الدابة رديفان تساويا في الضمان و لم‌يجد صاحب الجواهر[١] مخالفاً له.

و قيل: ان الأصحاب قاطعون به لصدق الراكب عليهما، لكن في ضمان الثاني إذا لم‌يكن له أثر في سير المركب نظر، لاسيما إذا كان أعمى أو مكتوف اليد أو مريضاً شديداً.

و في *الجواهر*: و على كل حال فراكبا المحمل أولى بالضمان من المترادفين. لكنني لم‌أفهم الأولوية.

---

١. ج ٤٣، ص ١٤١.

و الدليل على حكم أصل المسألة ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام في دابة عليها رد فان، فقلت الدابة رجلا أو جرحت فقضىٰ في الغرامة بين الردفين بالسوية.[١]

تاسعها: لو كان صاحب الدابة معها ضمنها دون الراكب كما صرح به المحقق و تبعه غيره. و لا دليل عليه في غير فرض قوده أو سوقه. نعم إذا كان عادة الدابة إلقاء راكبها و لم‌يخبره مع علمه بها فيمكن القول بضمان من ألقته عليه.

عاشرها: لو دخلت دابة زرع أحد و هو متصل بزرع غيره لم‌يجز له إخراجها إليه مع أدائه إلى اتلافه (أي زرع الغير) بل يصبر و إن أتلفت زرعه، فإن لم‌يصبر و أخرجها أثم و ضمن ما يتلف من زرع الغير، كما أن يضمن ما يتلفه بالخروج و الدخول مع تفريطه.[٢]

و أما ضمان مالك الدابة لما تتلفه فقد مر بحثه.

١٧. في المباني:[٣] لو أركب صبياً بدون إذن الولي على دابته (و تلحق بها السيارة و الطائرة و غيرهما) و كان في معرض السقوط. فوقع فمات، ضمن ديته، ولو أركب صبيين كذلك فتصادما فتلفا ضمن ديتهما تماماً، إن كان المركب واحداً، و إن كان اثنين فعلى كل منهما نصف دية كل منهما، و هكذا، و لا فرق في المركب بين الولي و غيره.

و قال في شرحه: إن ارادة الصبي ملغاة فالموت يستند إلى المركب عرفاً نعم إذا لم‌يكن في معرض السقوط و كان اتفاقياً بحيث لايستند إلى المركب عرفاً فالظاهر عدم الضمان، فإن نقل عدم الخلاف في مثله لايكون كاشفاً عن قول المعصوم.

---

١. *الوسائل*، ج ٢٩، ص ٢٨١.
٢. *الجواهر*، ج ٤٣، ص ١٤٣.
٣. *مباني تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٥٧.

# البحث الثالث: تزاحم الموجبات

يتقدم المباشر على السبب إذا اجتمعا في الضمان إذا كان أقوى، بل تساويا كما في *الجواهر*.[1]

و قال... بلا خلاف أجده بل في *كشف اللثام* الاتفاق عليه كالدافع مع الحافر و الممسك مع الذابح، و واضع الحجر في الكفة، مع جاذب المنجنيق، إلا مع جهل المباشر و غروره فيضَمن السبب.

و إليك مسائل الباب.

١. من غطّىٰ بئراً حفرها في غيرملكه، فدفع غيره عابراً و لم‌يعلم بالبئر فالضمان على الحافر لكونه أقوى من المباشر. و كذا الفار من محيفة إذا وقع في بئر محفورة عدواناً لايعلمها و ان لم‌يلجئه إلى سلوك هذا الطريق، كما في *الجواهر* و قال: بلا خلاف أجده بل نسبه غير واحد إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع عليه و هو كذلك.[2]

و يقول الأستاذ:[3] إذا كان الدافع فالضمان عليه بلا خلاف لاستناد القتل إليه دون الحافر و أما في صورة جهل الدافع بالحال، فإن تمّ اجماع على ضمان الحافر، فهو لكنه غيرتام، و عليه فلايبعد أن يكون الضمان على كليهما معاً.

---

١. ج٤٣، ص ١٤٥.

٢. *المصدر*.

٣. *مبانی تکملة المنهاج*، ج ٢، ص٢٥٨.

أما الحافر فلا طلاق ما دل على ضمانه، و اما الدافع فلاستناد القتل إليه، فيكون داخلاً في القتل الشبيه بالعمد، و الجهل بالحال لايكون رافعاً لصحة استناد القتل إليه.

و من هنا لو دفع شخصاً إلى حفيرة طبيعية لايعلمها فلا شبهة في ضمان الدافع ولا فرق بين ذلك وما نحن فيه، انتهى.

قلت: قد سبق الأستاذ حول حفر البئر، المحقق في محكي النافع، حيث تردد في ضمان الدافع، لعموم تقديم المباشر على السبب لكنه جزم بالمشهور بالشرائع. و أورد عليه في *الجواهر*، بأن العموم المزبور لم‌نجد في خبر كي يستند إليه، و انما الأصل فيه الاتفاق المفقود في المقام فلا وجه للتردد المزبور.

٢. لو حفر بئراً في ملكه و غطّاها و دعي غيره فسقط فيها، فإن كانت البئر في معرض السقوط ـ كما لو كانت في ممّر الدار ـ و كان قاصداً للقتل أو كان السقوط مما يقتل غالباً ثبت القود، لتحقق موضوع القصاص والا فعليه الدية لانه من الشبيه بالعمد، و أما إذا لم‌تكن في معرض السقوط و اتفق سقوطه فيها لم‌يضمن، لعدم استناد القتل إليه.

أقول: ما ذكره السيد الأستاذ في المسألة السابقة في ضمان الدافع الجاهل في الجملة، بعينه جار في المباشر الجاهل في المقام، فلا بد أن يهدر نصف الدية، مع انه قال بضمان الحافر الداعي، تمام الدية. و إذا قيل ـ كما في *الشرائع*[١] ـ ان المباشرة يسقط أثرها مع الغرور بعدم الاخبار عمداً أو نسياناً، فهذا يمكن إجرائه في الدافع الجاهل، فان الغرور يرجع إلى الجهل.

و على أي حال: يحتمل عدم الضمان في أصل المسألة مع عدم تعمد الغرور للأصل و إطلاق عدم الضمان في الحفر في الملك في موثقة سماعة المتقدمة: (أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان... ـ[٢] بل ربما قواه بعضهم كما قيل.

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص١٤٦.

٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص٢٤.

و أجاب عنه في *الجواهر*[١] بعدم اعتبار قصد الغرور بما يترتب على فعل الغار الذي هو في الوجدان أقوى من حصول التلف من المباشرة.

قلت: إذا لم‌يكن الغار قاصداً للايهام و ايقاع المغرور في خلاف الواقع، يشكل ضمانه، لعدم إحراز بناء العقلاء عليه و لادليل على القاعدة سواه كما ذكرنا في كتابنا *الارض في الفقه* (ص ٣٢١).[٢]

٣. لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجنابة بسببه و إن كان حدوثه متأخراً أو مصاحباً كما لو ألقى حجراً في غير ملكه وحفر الآخر بئراً فيه، فإذا سقط العاثر بالحجر في البئر فيضمن الواضع الذي سبقت الجناية بسببه المقتضى لضمانه، فيستصحب حكم أثر السبب الأول و به رجح على السبب الثاني. و هكذا لو حفر بئراً عدواناً، و نصب آخر سكينا و وضع آخر حجراً فعثر بالحجر ثم وقع في البئر فأصابته السكين، فإن الواضع كالدافع في الضمان كما في *الجواهر*.[٣]

نسبه في *المباني* إلى الأشهر تبعاً *للجواهر*، ثم أورد عليه[٤] بانه لامجال للاستصحاب إذ لا أثرَ للسبب الأول قبل السبب الثاني، بل هو مستند إلى كليهما معاً، فنسبة الضمان بالاضافة إلى كلا السببين على حد سواء، فلا وجه لترجيح السابق جناية على اللاحق كذلك، فالضمان على كليهما.

و لا بأس بهذا الايراد و ان احتمله المحقق في *الشرائع* أولاً، ثم رجع عنه بقوله: لكن الأول أشبه. و ما ذكره صاحب الجواهر غيرواضح.

هذا مع تساويهما في العدوان، ولو كان أحدهما عادياً كان الضمان عليه، كما لو حفر بئراً مثلاً في ملكه و وضع المتعدي حجراً فتعثر به إنسان أو العكس، فان الضمان على المتعدي منهما دون غيره لما مر من الروايات. و يحتمل الاشتراك في المقام

---

١. ج ٤٣، ص ١٤٦.

٢. و لاحظ: *الجواهر*، ج٣٧، ص١٨٣ حيث جعل مؤلفه القاعدة من باب اقوائية السبب من المباشرة.

٣. ج ٤٣، ص ١٤٦.

٤. *مبانى تكملة المنهاج*، ج ٢، ص ٢٦٠.

فيكون على المتعدي نصف الدية و نصفها الاخر هدراً إذ لا ضمان على غيرالمتعدي، كما لو هلك بالتعدي و السبع مثلاً، فتأمل فيه و في الفرع الآتي.

## بقيت فروع

أولها: لو سقط حجر بالسيل أو الزلزلة مثلاً على طرف البئر المحفورة عدواناً، ففي *الجواهر*:[١] المتجه ضمان الحافر لاختصاصه بالعدوان. لكن في القواعد الإشكال فيه، من ذلك و من استناد التردي إلى الحجر. و فيه انه لا استناد عرفي في الشرائط و انما العمد(ة) اطلاق أدلة الضمان، و الفرض عدمه في غير العدوان والله العالم. هذا كلامه.

ثانيها: لو حفر بئراً فعمقها آخر فوقع فيه ثالث، فالظاهر اشتراكهما في الضمان، إلّا إذا لميؤثر العمق في التلف، و في الفرع أقوال أظهرها الاشتراك على السواء فلاحظ تفصيلها في *الجواهر*.[٢]

أقول: لا بد من تقييده بكون الحجر مضراً بالطريق لما مر من دلالة الرواية المعتبرة على ذلك: فلاحظ.

ثالثها: لو تعثر بحجر في الطريق فالضمان على واضعه لضعف المباشر بعدم العلم كما في *الجواهر*.[٣]

أقول: لا بد من تقييده بكون الحجر مضراً بالطريق لما مر من دلالة الرواية المعتبرة على ذلك، فلاحظ.

رابعها: لو تعثر به رجل فدحرجه العاثر ثم تعثر به آخر فالضمان على المدحرج، لانه هو الذي وضعه موضعه هذا، نعم لو لميشعر به ففي *كشف اللثام* الدية على العاقلة، لانه خطأ محض. و في *الجواهر*.[٤]

---

١. ج٤٣، ص١٣٧.

٢. ج٤٣، ص١٤٧.

٣. *المصدر*، ص١٤٨.

٤. *المصدر*.

و فيه بحث فإن الشرائط جميعها ضمانها على المسبب دون العاقلة لإطلاق الأدلة فتأمل.

أقول: ضمان المدحرج موقوف أولاً على كون الدحرجة بفعله لا بغير فعله. و ثانياً على كون موضع الحجر الأخير مضراً بالطريق و الا فلا دليل على الضمان.

و لعل وجه التأمل في كلامه ان اطلاق الأدلة محكوم بدليل حاكم و هو ما دل على تحمل العاقلة خطأ الفاعل فلاحظ.

ثم قال صاحب الجواهر بعد أمره بالتأمل المذكور[١] و منه حينئذ يتجه الضمان على الصبي و المجنون في مقام يفرض حصوله منهما على وجه يقتضي الضمان كالحفر في ملك الغير دون عاقلتها (عاقلتهما ظ) بل قد يقال بالضمان على الحافر عدواناً ولو بعد موته فضلاً عن جنونه المتأخر عن ذلك، لاطلاق ما يدل على التسبيب الذي لا تفاوت فيه بين المكلف و غيره كما في نظائر المقام فتأمل جيداً، فاني لم أجده منقحاً في كلامهم والله العالم.

أقول: ما دل على ضمان عاقلة المعتوة و الصبي[٢] يشمل المقام ظاهر بإطلاقه، و أما ضمان بعد موته فلا بأس به ان شاءالله.

٤. إذا حفر بئراً في الطريق عدواناً فسقط شخصان فيها فهلك كل واحد منهما بسقوط الآخر فيهما فالضمان على الحافر. كما تقدم من اطلاق الخبر على ضمانه، و لا فرق ظاهراً بين أن يكون موت كليهما مستنداً إلى سقوطهما في البئر معاً أو إلى سقوط كل منهما فيهما مستقلاً و لا موجب لضمان كل منهما للآخر، في الفرض الأول، فان الموضوع للضمان القتل الاختياري ولو كان خطأ، و المفروض في المقام ان السقوط لم يكن باختيارهما كما ذكره السيد الأستاذ في المباني.[٣]

٥. ولو قال ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة، فألقاه فلا ضمان، سلمت أو

---

١. *المصدر.*

٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص٣٩٩ ـ ٤٠٠.

٣. ج٢، ص٢٦١.

لم تسلم وفاقاً لجمع، كما لو قال: اعتق عبدك، فاعتقه، أو طلّق زوجك فطلّقها، لأصالة عدم الضمان.

و في مباني السيد الأستاذ[١] و كانت هناك قرينة على المجانية و عدم ضمان الآمر فلا ضمان عليه فهو (قده) سيرى أن بناء العقلاء على أن نفس أمر الغير بإتلاف ماله لا مجاناً موجب للضمان إذا أتلفه، فعدم الضمان محتاج إلى دلالة قرينة، لكنه غيرواضح، وربما ينافي حكمه في المسألة الآتية.[٢]

و أمّا الفرق بينه و بين قوله أدّ ديني فأدّاه حيث يرجع عليه، إن أداه، فوجوه كالاجماع و أن أداء دينه منفعة لا محالة، و إلقاء المتاع قد يفضي إلى النجاة و قد لايفضي فلايضمن إلّا مع التصريح كما في *المسالك*[٣] و أن المفهوم من الأمر بالأداء، التوكيل في ذلك، فيكون حينئذٍ أمراً بالأداء كالقرض عليه كما في *الجواهر*.[٤]

و الأظهر أن وجه الضمان قيام بناء العقلاء على أن كل من استوفى مال الغير فهو له ضامن، سواء كان منفعة كحلاقة الشعر و الخياطة و غيرهما أو عيناً كأكل طعامه في المطاعم.

و اما إذا زاد في قوله: و عليّ ضمانه ضمنه مطلقاً فإنه ضمان عقدي أو مثله. و في *الشرائع*: دفعاً لضرورة الخوف الّتي شرع فيها ذلك بلا خوف بين الشيعة وغيرهم سوى أبي‌الثور. وعن *الخلاف* دعوى اجماع الأمة عليه سواه و تقدم في كتاب الضمان (المسألة ٤٢) دعوى الإجماع عليه من صاحب العروة عليه أيضاً.

نعم هو من ضمان ما لم يجب و قد ذكروا له وجوهاً أربعة[٥] لكن الحق عدم الحاجة إليها لبناء العقلاء عليه و الظاهر ان الإجماع ليس تعبديا. و الأقوى صحة هذا العقد لبناء العقلاء عليه و لقولهﷺ المسلمون عند شروطهم.

---

١. *المصدر*.

٢. *المصدر*، ص٢٦٢.

٣. *الجواهر*، ج٤٣، ص١٤٩.

٤. *المصدر*.

٥. *المصدر*، ص١٥٠.

ومنه يظهر صحته و إن لم‌يخف غرق السفينة إذا كان له غرض عقلائي: و قد مر بحثه في كتاب الضمان خلافاً لجمع حيث انكروا صحة الضمان في فرض عدم الخوف، بل عن *المسالك* الإجماع على عدمها و لكنا لانقبله.

## فروع

أوّلها: ان قال خرق ثوبك و على ضمانه أو اجرح نفسك و عليّ أرشه، لايلزم ضمانه ففي الشرائع لانه ضمان ما لم‌يجب و لا ضرورة فيه و قيل[1] لا خلاف فيه. و عن جمع، الضمان إذا كان فيه فائدة عقلائية لكنهم اعتبروا عدم اختصاص الفائدة بصاحب المتاع، لانه فعل ما هو واجب عليه لمصلحة نفسه فلايستحق به عوضاً كما لو قال للمضطر:

كل طعامك أنا ضامن. و في *الجواهر*:[2] و لكن احتمل غير واحد الضمان عملاً باطلاق الفتاوى و معقد الإجماع أو نفي الخلاف و غير ذلك مما عرفت و هو قوي جداً و هو المختار إذا كان هناك غرض عقلائي لبناء العقلاء على صحته.

ثانيها: لو ألقى متاع غيره لخوفه عليه أو على نفسه أو غيرهما ضمن، إذا لم‌يأذن له المالك بلا خلاف يجده صاحب الجواهر بين من تعرض له، لقاعدة الاتلاف و غيرها كما في *الجواهر*[3] و قال: و ان كان في حال وجوب الالقاء على صاحب المتاع، إذ ليس هو وليا له... .

أقول: ما أفاده مخالف لما مر منه في الفرع الأول من المسألة (١٢) من التسبيب فلاحظ.

ثالثها: إذا قصّر من لزمه الإلقاء فلم‌يلق حتى غرقت السفينة فعليه الإثم دون الضمان و كذا لو لم‌يطعم صاحب الطعام، المضطرّ حتى هلك و إن طلبه منه و كمن

---

١. *المصدر*.
٢. *المصدر*، ص١٥١.
٣. *المصدر*، ص١٥٢.

تمكن من خلاص إنسان من مهلكة فلم‌يفعل، أثم ولا ضمان للأصل كما نص في *المسالك* و غيرها خلافاً لمحكي التحرير من ضمان مانع الطعام للمضطر إليه حتى مات، و رده في *الجواهر*[١] بقوله: و هو مشكل ضرورة عدم مقتض للضمان من مباشرة أو تسبيب أو غيرهما من الأفعال التي رتب الشارع عليها الضمان، و ليس ترك حفظه من الآفات منها و ان وجب عليه، لكنه وجوب شرعي يترتب عليه الإثم دون الضمان. و قال: و منه ترك إنقاذ الغريق و إطفاء الحريق و نحوهما. بل التروك جميعها لايترتب عليه الضمان إذا كان علة التلف غيرها و هي شرائط و ما نحن فيه منه، بخلاف الحبس عن الطعام مثلاً حتى مات جوعاً و نحوه من الأفعال انتهى.

أقول: و ما أفاده متين مقبول. و منه يظهر الضمان إذا لم‌يرضع الأم طفلها حتى مات جوعاً.

٦. لو أمر شخصاً بالقاء متاع في البحر و قال: عليّ و على ركاب السفينة ضمانه، فان قال ذلك من قبلهم بتخيل انهم راضون به، و لكنهم بعد ذلك أظهروا عدم الرضا به، قال الأستاذ ضمن الأمر بقدر حصته دون تمام المال، و علل بأن الظاهر من مثل هذا هو ضمان المجموع للمتاع على نحو الاشتراك (المسمى بضمان الاشتراك) و مرجعه إلى ضمان كل منهم ما يخصه على حسب التقسيط و على هذا لا موجب لضمان الأمر تمام المال، و الوجه في ذلك، هو ان اتلاف المالك ماله و إلقائه في البحر مستند إلي ضمان الأمر مع الركاب إلا إلى ضمانه فحسب فلا موجب لضمانه تمام المال التألف.[٢]

أقول: هذا إذا كانت العبارة المذكورة ظاهرة فيما قال الأستاذ و لم‌يكن فيها اغراء و غرور للملقىٰ، و الا فيمكن ضمان القائل بتمام التالف على وجه في قاعدة الغرور. و ربما يقع المنافاة بين قولي الأستاذ في هذه المسألة و سابقتها.

---

١. *المصدر*، ص١٥٣.

٢. *مباني تكملة المنهاج*، ج ٢، ص٢٦٢.

ثم قال الأستاذ ﷺ: و كذلك الحال فيما إذا ادعى الآذن من قبلهم و لكنهم أنكروا ذلك خلافاً للشرائع[١] و القواعد و التحرير حيث قال بضمان الآمر للجميع عند إنكار بقية الركاب و لا وجه له، فان الضمان يحتاج إلى سبب من تفريط أو غرور من قبل الآمر و نحو ذلك. و شيء من ذلك لايكون هنا إذا لم‌يثبت كذبه، و احتمل اشتباهه فيه، بل التفريط حينئذ من المالك من جهة عدم استبانته الحال ـ كما ذكره صاحب الجواهر أيضاً.[٢]

أقول: الغرور محقق في المقام بناءاً على عدم اعتبار قصد الإبهام في الغار. و لاحظ بحثه في كتابنا «الارض في الفقه».

ثم قال: و اما إذا قال ذلك مدعياً الإذن منهم أو بدونه، لكن مع ذلك قال: لو لم‌يعط هؤلاء فأنا ضامن، فإنه يضمن التمام إذا لم‌يقبلوا... و هو واضح.

فرع: في *الجواهر*[٣] نعم أن إلقاه الأمر و قال: إني و الركبان ضمنا ضمن الكل مع امتناعهم عليه للمباشرة خلافاً لبعض العامة حيث لم‌يضمنه إلا بالحصة.

فرع آخر: عن *المسالك* ان المتاع الملقى لايخرج عن ملك مالكه، حتى لو لفظه البحر على الساحل أو اتفق الظفر به فهو لمالكه، و يسترد الضامن المبذول إن لم‌ينقص قيمة المتاع و الا نقص المبذول بنسبة النقص. و هل للمالك أن يمسك ما أخذ و يرد بدله، فيه وجهان.

أقول: يظهر الحال فيه في باب بدل الحيلولة على ما مر، و لاحظ: الجواهر.[٤]

٧. إذا وقع من شاهق أو في بئر أو نحو ذلك فتعلّق بآخر ضمن ديته، لأنه ممن شبيه العمد، و اما إن كان بقصد القتل، فقتل فالقود إن لم‌يقتل الأول، و على كل لا دية للأول، و ان قتل هو أيضاً. كان دية الثاني على أهله.[٥]

---

١. *الجواهر*، ج٤٣، ص ١٥٥.

٢. *المصدر*.

٣. ج٤٣، ص ١٥٤.

٤. *المصدر*، ص ١٥٥.

٥. في رواية معتبرة ان القاتل إذا تعذر قصاصه يجب علي أهله الدية ب ٤ من أبواب العاقلة.

و إذا تعلق الثاني بالثالث ضمن كل من الأول و الثاني نصف دية الثالث لاشتراكهما في قتله بنحو شبه العمد، و إذا كان بنحو العمد المحض فالقصاص و ان تعذر فالدية على ما مر، و ان جهل الأول تعلق الثاني بالثالث كان القتل بالنسبة إلى الأول من الخطأ المحض فديته على عاقلته. و إذا تعلق الثالث بالرابع ضمن كل من الثلاثة ثلث دية الرابع و هكذا و فرض الخطأ المحض و العمد يجري في الكل. هذا هو مقتضي القاعدة.

و هنا رواية معتبرة - بسند الشيخ و الصدوق فلايضر إرسالها - بسند *الكافي* - وردت على خلاف القاعدة و التزم المشهور به كما قيل فتلتزم بها في موردها على سبيل الاحتياط الواجب، و هي صحيحة محمدبن‌قيس عن أبي‌جعفر عليه السلام قال قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة أطلعوا في زُبية الأسد فخر أحدهم فاستمسك بالثاني و استمسك الثاني بالثالث و استمسك الثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضا على الأسد فقتلهم الأسد، فقضى بالأول فريسةً الأسد و غرم أهله ثلث الدية لأهل الثاني و غرم الثاني لأهل الثالث ثلثي الدية و غرم الثالث لأهل الرابع الدية كاملة.[1]

۸. لو جذب غيره إلى بئر أو من شائق و إلى بحر و نحو ذلك فسقط المجذوب، فمات الجاذب بسقوطه عليه فدمه هدر، لانه السبب في موته و كذا إذا وقع الآخر عليه بريح و بسبب غيراختياري و غيرعاقل، فوقع عليه فمات فدمه هدر.

ولو مات المجذوب، ضمنه الجاذب إن كان شبيه عمد، أو ضمنه عاقلته إن كان خطأ محضاً كأن جذب لباساً أو حبلاً فانجذب هو، و اما إن قصد القتل أو كان عمله مما يؤدي إلى القتل غالباً فالقود، و ان مات الجاذب فدية المجذوب في مال الجاذب، و إن لم‌يكن له مال ففي مال الأقرب فالأقرب من أهله كما أشرنا اليه (ب ٤ من أبواب العاقلة).

و في *الجواهر*:[2] بلا خلاف و إشكال في شيء من ذلك، سواء كانت البئر محفورة عدواناً أولا، مع فرض تعمد الجاذب ذلك، ضرورة تقديم المباشر على السبب.

---

۱. *الوسائل*، ج ۲۹، ص ۲۳٦.

۲. ج ۴۳، ص ۱٦۱.

أقول: عدم تأثير الحفر العدواني آت في المسأله الآتية أيضاً.

٩. لو سقط في بئر مثلاً فجذب ثانياً، و الثاني ثالثاً فسقطوا فيها جميعاً فماتوا بسقوط كل منهم على الآخر، فعلى الأول ثلاثة أرباع دية الثاني كما في مباني التكملة[1] و قال في وجهه أن الثاني بما أن موته مستند إلى جذب الأول إياه و إلى جذبه الثالث، فيثبت نصف ديته على الأول من ناحية جذبه له، و حيث ان وقوع الثالث مستند إلى جذب كل من الأول و الثاني دون الثاني وحده، فيثبت على الأول ربع دية الثاني أيضاً بسقط ربع ديته من ناحية فعل نفسه و هو جذبه الثالث.

أقول: سوف يأتي نقاشه.

ثم قال الاستاذ: و على الثاني ربع دية الأول، لان موته بما انه مستند إلى سقوط الثاني و الثالث عليه فتسقط ثلاثة أرباع ديته، أما سقوط نصفها فمن جهة استناده إلى جذبه وحده الثاني و أما سقوط ربعها فمن جهة اشتراكه مع الثاني في جذب الثالث.

أقول: هذا مبني على موت الأول بسقوط الثاني و الثالث معاً، دون سقوط الثاني وحده عليه كما هو ظاهر كلامه في متن المباني، فلو مات الأول بسقوط الثاني، لا شيء للأول لانّ فعله تسبب سقوط الثاني فموته من فعل الأول. و سيأتي ما فيه.

ثم قال: و على كل واحد من الأول و الثاني نصف دية الثالث لاستناد موته إلى جذب كليهما، فلا محالة تتقسط ديته عليهما. و دعوى ان موت الثالث مستند إلى جذب الثاني فقط، لانه غير ملجأ إلى جذبه فهو المباشر للجذب دون الأول. لايمكن المساعدة عليها، لان سقوط الثالث معلول لجذب الأول و الثاني و جذبه الثالث معاً. و بانتفاء واحد منهما ينتفي السقوط، فالسقوط مستند إليهما لا محالة.

أقول: ما ذكره غيرواضح فان المباشر أقوى من السبب[2] فموت الثالث مستند إلى الثاني فقط وفاقاً لجمع، و عليه دية الثالث كاملة و موت الثاني مستند إلى جذب

---

١. ج٢، ص ٢٦٥.

٢. ثم وقفت على كلام *الجواهر* الموافق للمختار و قال (ج٤٣، ص١٦٢) و بذلك اتضح لك عدم اشتراك السبب مع المباشر في الضمان بحال، بل الضمان بها خاصة، إلا مع قوة السبب، فيخص حينئذ بالضمان لا أنه... .

الأول وقوع الثالث عليه الذي من فعل الثاني، فنصف ديته على الأول و نصفها الاخر هدر. أمّا الأول فإن مات بسقوط الثاني فدمه هدر لانه من فعله، فموته مستند إلى نفسه و إن كان بوقوع الثاني و الثالث فنصف ديته على الثاني من جهة انّ وقوع الثالث على الأول من فعل الثاني، فإن كان الأول و الثاني رجلين أو إمرأتين مثلاً يحصل التهاتر بينهما، و إن كان أحدهما رجلاً و الآخر إمرأة يحصل التهاتر بالنسبة. و على كل لا شيء على الثالث علي كلا القولين. و من كل ذلك يظهر الحال فيما إذا جذب الثالث رابعاً و هكذا.

فرع: لو زلق إنسان على طرف البئر مثلاً المحفورة عدواناً فتعلق بآخر بقصد الاستمساك به و جذبه و تعلق الآخر بثالث كذلك و وقع بعضهم على بعض فماتوا. فالأول مات بثلاثة أسباب: صدمة البئر و ثقل الثاني و ثقل الثالث، فيسقط ما قابل فعله و هو جذبه الثاني المقابل بثلث الدية و يبقى على الحافر ثلث و على الثاني ثلث لانه جذب الثالث، و عن *المسالك* احتمال هدر صدمة البئر، لان حفرها سبب و جذبه للثاني مباشرة فصار كمن رمى نفسه في بئر محفورة عدواناً في عدم وجوب الضمان على الحافر. و أجابه في *الجواهر*[1] بانّ ابتداء السقوط لم‌يكن بفعله، إذ الفرض انه زلق و الجذب وجد بعد ذلك. هذا كله في الأول. و أما الثاني فقد هلك بسببين: جذبه الثالث و جذب الأول له، فهدر نصف ديته، المقابل بفعله و يبقى له النصف على الأول الذي جذبه، و لا شيء على الحافر لقوة المباشر على وجه صار الجاذب كالدافع.

و أما الثالث فيجب تمام ديته على الثاني أو عليه و على الأول على البحث السابق كما عرفته.

و في المسألة فروع أخرى مذكورة في *الجواهر*.[2]

هذا كله في موجبات الضمان في باب الديات.

---

١. ج٤٣، ص ١٦٥.

٢. ج٤٣، ص ١٦٦ـ١٦٧.

# الضمان بالأرش والحكومة

أعضاء بدن الإنسان، إما فيها دية مقدّرة معينة شرعاً، و اما ليست فيها تلك. و الثانية عند المشهور فيها الأرش و يسمى بالحكومة.

و في *الجواهر*[1] فليس مع عدم التقدير إلّا الحكومة، و إلّا كانت جناية لا إستيفاء لها، و لاقصاص ولادية. و هو مناف لما يمكن القطع به من الأدلّة كتاباً و سنة و إجماعاً... .

قلت: و من الكتاب، الآيات الدالة على العدل و القسط المستنبط منها قاعدة العدل.

و في معتبرة أبيبصير عن الصادقﷺ ان عندنا الجامعة... صحيفة فيها كل حلال و حرام و كل شيء يحتاج إليه الناس حتى الأرش في الخدش... فغمزني بيده و قال: حتى أرش هذا.[2]

يظهر منه عموم الدية لكل شيء و إن لمتصل إلينا، لكن ذكرنا في محله انه لايمكن احتواء الجامعة على جميع الأحكام تفصيلاً، فلعله ذكر بنحو الإجمال و الكلّية. ففي صحيح عبداللهبنسنان عن الصادقﷺ قال: دية اليد إذا قطعت خمسون

---

١. ج٤٣، ص١٦٨.

٢. *الوسائل*، ج٢٩، ص ٣٥٦.

من الإبل و ما كان جروحاً دون الاصطلام، فيحكم به ذو أعدل منكم، و من لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون.[١]

يستفاد من الرواية صحة حكم ذوي عدل منفرداً عند غيبة الحاكم الشرعي أيضاً.

و في ذيل صحيح أبي عبيدة: فالدية على الإمام و لايبطل حق امرئ مسلم (ب ٥ من أبواب قصاص النفس).

و في بعض الروايات: «لايبطل دم إمرء مسلم». الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، ح ١؛ ب ٤٦ من ابواب قصاص النفس، ح ٢؛ الباب ٢، ح ١؛ الباب ١٠، ح ٥ من أبواب دعوى القتل.

و هذه التعليلات تدل على لابدية أخذ الدية في غير ماله مقدر شرعاً.

## تفسير الحكومة

يقول صاحب الجواهر حولها[٢] و فيه ما يكون العبد أصلاً للحر كما هو أصل له فيما فيه مقدر، بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه.

و توضيحه أن يفرض الحر مملوكاً فيقوَم صحيحاً مرة و غير صحيح أخرى و يؤخذ ما به التفاوت بينهما.[٣] إذا كانت الجناية توجب التفاوت و اما إذا لم توجبه فالأمر بيد الحاكم، فله أن ياخذ من الجاني ما يري فيه مصلحة كما في *مباني تكملة الأستاذ*[٤] ثم استشكل عليه بان الاجماع المدعي في المسألة انما هو الإجماع على الحكومة. و اما تفسيرها المذكور في *الجواهر* فغير ثابت بدليل و لا اجماع عليه. فإذن الصحيح أنّ للحاكم إصدار الحكم مطلقاً حتى فيما إذا كانت الجناية موجبة للتفاوت.

---

١. ج٤٣، ص١٦٨.

٢. ج ٢، ص ٢٦٦.

٣. في محل آخر من *الجواهر* هكذا: و المعنى انه يقوم المجروح صحيحاً لو كان مملوكاً تارة، و يقوم مع الجناية اخرى و ينسب إلى القيمة الاولى و يعرف التفاوت بينهما و يؤخذ من الدية للنفس لا للعضو بحسابه.
ولاحظ كتابنا *الفقه ومسائل طبية*، ص٢٩٩ و ٣٠٠.

٤. ج ٢، ص ٢٦٦.

أقول: و يضاف إلى ذلك إنه لا سبيل لنا إلى إحراز قيمة العبد، إذ لا عبد اليوم كما لايخفى.

و عليه إشكال آخر أيضاً من المعاصرين فلاحظ كتابنا *الفقه ومسائل طبية* (ج ١، ص٢٩٩ ـ ٣٠١) لكن إصدار حكم الحاكم من دون استناد إلى عدلين خبيرين متعسر.

ثم لايبعد أن يقال بضمان ما يصرفه في علاجه حتى من أجرة السيارة و تفويت منافعه لترك كسبه لأجل التداوي فضلاً عن أجرة الطبيب و قيمة الأدوية في هذه الأعصار.

و هل يجري مثله في القسم الأول (وهو ماله دية مقدرة شرعاً) خصوصاً إذا كانت مؤنة العلاج أكثر من الدية بكثير يحتمل ذلك لقاعدة العدل فلاحظ.

و أما مباحث الضمان بالقتل و القطع فلسنا نبحث عنها فانها مفصلة في كتاب الديات.

## ضمان المفتى

في معتبرة عبدالرحمن‌بن‌الحجاج: كان أبوعبدالله قاعداً في حلقة ربيعة الرأي فجاء أعرابي فسأل ربيعة الرأي عن مسألة فأجابه فلما سكت قال له الأعرابي: أهو في عنقك؟ فسكت عنه ربيعة و لم‌يرد عليه شيئاً، فأعاد المسألة عليه فأجابه بمثل ذلك، فقال له الأعرابي: أو هو في عنقك؟ فسكت ربيعة. فقال أبوعبدالله‌عليه السلام هو في عنقه قال: أو لم‌يقل. كل مفت ضامن.[1]

ليس الضمان في الرواية بمعناه المصطلح من جعل مال في الذمة؛ بل الظاهر إرادة المسؤولية الأخروية. لكن إذا أفتى مفت فتوىً أوجب ضرراً أحد أو قضىٰ قاض قضاء فيه ضرر على أحد الطرفين فامتثل المكلف فتواء أو حكمه ثم تبين خطأه ففي ضمانها بحث لأجل قاعده الإتلاف و قوة المباشر و إذا فرضنا صحة الثاني فلا ضمان

---

١. *الوسائل*، ج٢٧، ص ٢٢٠، ب٧ من أبواب آداب القاضي.

عليهما الا بقاعدة الغرور، لكن إذا خصصناها بقصد الابهام فلايثبت بهما ضمان عليهما الانتفاء قصد الإبهام في حقهما على القرض.

و يمكن التفصيل في الضمان بين الجامع للشرائط الشرعية منهما و فاقدها، فيحكم بضمان الثاني دون الأول، بل هو الظاهر إذا قصد الإيهام.

و أما القابض فإن بقي المال عنده إلى وقت تبين الخطأ فللمالك استرداده، و إن تلف ففي ضمانه وجهان من الغرور - إذا لم‌يكن متعمداً و كاذباً - و الإتلاف و لعله الأظهر.

## ضمان المبيع على من ليس له خيار

في محكي الدروس في أحكام القبض: و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم‌يكن له خيار، وظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمانه للمبيع المقبوض كما ذكره الشيخ رحمه الله في مكاسبه.[١]

وعن *السرائر* فكل من كان له خيار فالمتاع (فالمبتاع - ظ) يهلك من مال من ليس له خيار لانه قد استقر عليه العقد، والذي له خيار ما استقر عليه العقد ولزم... .[٢]

و قال الشيخ الأنصاري: ان الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف... .[٣]

أقول: في صحيح عبدالله‌بن‌سنان انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري العبد و الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أويحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟

فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له

---

١. ص٣٠٠، مطبعة اطلاعات ١٣٧٥ هـ ق.

٢. *المصدر*.

٣. *المصدر*.

البائع أو لم‌يشترطه. قال: و إن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع.[١]

و في معتبرة عبدالرحمن عن أبي‌عبدالله: سألت أباعبداللهﷺ عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه[٢] و تؤيده روايات الباب غير المعتبرة.

قال الشيخ بعد عبارة السرائر: انه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان التلف في ضمان (زمان - ص) الخيار ممن لاخيار له من غير أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب... .[٣]

إلي أن قال بعد جملة من كلماتهم: لكن الانصاف انه لم‌يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم فضلاً عن اتفاقهم عليه، فان ظاهر قولهم التلف في زمانَ الخيار هو الخيار الزماني و هو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها... .

أقول: والعبرة بالحديثين المعتبرين و ليس لهما اطلاق أو عموم يشمل جميع الخيارات.[٤] فالضمان على من لا خيار له مخصوص بخيار الحيوان و الشرط دون سائر الخيارات حتى خيار المجلس إذا أسقط البائع خياره و انفرد المشتري بالخيار خلافاً لمن مال فيه إلى ضمان من لا خيار له. و في ثبوت الضمان على المشتري إذا كان خيار الشرط للبائع وجهان و يشكل إثباته بالروايات المعتبرة

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص ١٤، ب ٥ من أبواب الخيار.
٢. *المصدر*، ح ١.
٣. *المصدر*.
٤. *المكاسب*، ص ٣٠٢.

و اما انّ هذا المضمون هو المسمىٰ أو المثل و القيمة ففيه بحث لاحظ: *القواعد الفقهية*.[١]

## معنى هذا الضمان

و قال الشيخ ﷺ أيضاً: ثم ان ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعة أنّ المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء ضمان الثابت قبل قبضه و انفساخ العقد آناً ما قبل التلف و هو الظاهر من قول الشهيد في *الدروس*. و بالقبض ينتقل... حيث انّ مفهومه انه مع خيار القابض لاينتقل الضمان إليه، بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض و قد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله.

بل هو ظاهر القاعدة وهي ان التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له، فان معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع ان ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكه، وقاعدة التلازم بين الضمان و الخراج، فإنّا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آناً ما لم‌يلزم مخالفة شيء من القاعدتين.[٢]

## ضمان المعاوضة

إذا وقعت المعاوضة باطلة فاسدة لا ضمان بها إلّا في فرض القبض، فالمقبوض بالعقد الفاسد يضمن فيما يضمن بصحيحه كما تقدمت الإشارة إليه. واما إذا صحت المعاوضة فيثبت ضمان كل عوض بعوضه مضموناً على مالكه الأول إجماعاً مستفيضاً بل محققاً و يسمى ضمان المعاوضة.[٣]

---

١. ج٢، ص١٢٢.

٢. *المكاسب*، ص٣٠٢.

٣. *المصدر*، ص٣١٣.

**(استثناء)**

لكن إذا تلف المبيع قبل قبضه فتلفه من مال بائعه دون المشتري وذلك للنبوي المشهور من غير طريقنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه... ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آناً ما، ليكون التالف ما لا للبائع... و تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكرنا... بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه...[1] وقد تقدم هذا البحث.

و سيدنا الأستاذ الخوئي حيث لم‌يعتمد على الإجماع المنقول و النّبوي المرسل ذكر وجهاً آخر في *مصباح الفقاهة*[2] فلاحظ.[3]

ثم العوضان في المعاوضة إن كانا كليين في الذمة فالضمان بمعناها المصطلح و اما إن كان العوضان أو أحدهما شخصياً خارجياً فان قلنا بعدم المنافاة بينه و بين كونه في الذمة أيضاً من جهة ان الاعتبار خفيف المؤمنة كما تقدم عن السيد الأستاذ الحكيم في مستمسكه، فلا منافاة أيضاً و اما على فرض المنافاة فالضمان المزبور نوع آخر غير ما هو مصطلح.

---

١. *المصدر*، ص ٣١٤.

٢. ج٧، ص٥٣٧، طبعة بيروت

٣. و لاحظ *القواعد الفقهية*، ج٢، ص٦٢ ـ ٨٣.

# الضمان في الوديعة

قال المحقق في وديعة الشرائع: و لايلزمه ـ أي المستودع ـ دركها ـ أي درك الوديعة ـ لو تلفت من غير ـ تعد فيها ولا ـ تفريط أو أخذت منه قهراً.

و عقبه في *الجواهر* بقوله: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الأصل و قاعدة الإيتمان المعلوم من الكتاب و السنة و الإجماع و العقل عدم استتباعها الضمان. نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانة و التفريط معه، بل ربما يظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرد إخباره بهما و ان لميكن على وجه السعاية... .[1]

و قال أيضاً في *الجواهر*: و التحقيق الحكم ببرائة ذمة الأمين وخصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان ولو للشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنواناً له من التعدي و التفريط، لأن عموم على اليد و نحوه مخصص بقاعدة الايتمان... .[2]

أقول: لا باس بما ذكره أولاً، و إنّما الكلام في فرض الشك و قد عرفت اختلاف الروايات و نظر المشهور فيه.

ثم قال: ثم لا فرق في الأخذ قهراً بين أن يتولى أخذها من يده، و بين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه، فيدفعها له كرهاً، لصدق الإكراه و عدم التفريط فيهما، ولا ضمان

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص١٠٢ و١٠٣.

٢. *المصدر*، ص١٠٣.

عليه فيهما، و إنّما ضمان المال على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه، وفاقاً للأشهر، بل المشهور، و خلافاً للمحكي عن أبيالصلاح و أبيالمكارم و الفاضل في *التذكرة* و محكي *التحرير* من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، لأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم على اليد[1] و إن كان قرار الضمان على الظالم.

ألا انه كما ترى مناف لإطلاق ما دلّ على عدم ضمانه مما عرفت، بل و لقاعدة الإحسان و غيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد.

نعم لا اشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة إتلافه بنفسه، ولو على جهة الانتفاع به، لقاعدة الإتلاف التي لميثبت تخصيصها بقاعدة الايتمان لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشر، كان قرار الضمان عليه، لا أصل جواز الرجوع... .[2]

أقول يشكل الفرق بين الاتلاف غيرالعمدي و تسليم المال إلى الظالم مباشرة، فان ذلك اتلاف عند العرف خصوصاً إذا لميمكن رده. و يشير إليه كلام *الجواهر* في أخير بحثه: و من ذلك يظهرَ حينئذ قوة قول الفاضل بناء على انّ تسليمها إلى الظالم من أقسام الإتلاف أيضاً فتأمل.[3]

إلّا أن يقال انّ الضمان في فرض التسليم ضمان حيلولة لا ضمان إتلاف عند الفقهاء على ما مر، نعم إذا تلف المال عند من أمر الظالم دفعه إليه توجه الإيراد فلاحظ.

و يمكن أن نستدل لنفي أصل الضمان بقولهﷺ: رفع ما أكرهوا عليه فانه يقتضي رفع الحكم وضعاً و تكليفاً إلا ما خرج كما ذكره في *الجواهر* أيضاً[4] و لايبعد أن يقال بحكومة حديث نفي الإكراه و نفي السبيل على قاعدة من أتلف و غيرها و لمأجد خصوصية لقاعدة من أتلف لاتقبل حكومتهما عليها. فتأمّل.

---

١. عرفت ان الرواية عامية مرسلة لا اعتبار بها.

٢. *الجواهر*، ج٢٧، ص١٠٣.

٣. *المصدر*، ص ١٠٤.

٤. *المصدر*، ص ١٤٦.

بحث روائي ننقل فيه الأحاديث المعتبرة سنداً فقط:

١. حسنة الحلبي عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام قال: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان...[١] و رواه الصدوق عن حماد وزاد: و قال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: هو مؤتمن.[٢]

٢. حسنة زرارة قال: سألت أباعبدالله‌عليه‌السلام عن وديعة الذهب و الفضة؟ فقال: كل ما كان من وديعة و لم‌تكن مضمونة لاتلزم.[٣]

أقول: ضمانها بالتقصير و التعدي و بالاشتراط، لكن لا اطلاق في الرواية يثبت الضمان بالشرط أي مشروعية شرط الضمان.

٣. معتبرة محمدبن‌مسلم - بسند *التهذيب* دون *الكافي* - عن أبي‌جعفرعليه‌السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال[٤] فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً.[٥]

٤. في رواية عن جعفر... انّ رسول‌الله‌صلى‌الله‌عليه‌وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد أئتمنته... .[٦]

سند الرواية لا بأس به لكن نسخة مصدرها - و هو *قرب الاسناد* - لم‌تصل بسند معتبر من مؤلّفه إلى الحر و المجلسي.

٥. معتبرة محمد قال: كتبت إلى أبي‌محمدعليه‌السلام رجل دفع إلى رجل وديعة (و أمره أن يضعها في منزله أو لم‌يأمره (الفقيه) فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص٧٩، كتاب الوديعة باب ٤.

٢. *المصدر*.

٣. *المصدر*.

٤. قيل: الايضاع هو أن يدفع الانسان إلى غيره مالاً ليبتاع به متاع أولا حصة له في ربحه بخلاف المضاربة (عن *مجمع البحرين*).

٥. *التهذيب*، ج٧، ص٢٢٠، برقم ٨١٢، طبعة مكتبة الصدوق سنة ١٤١٨ ه‍.ق. و *الوسائل*، ج١٩، ص٨٠ و يظهر من *الوسائل* إرسال السند و ليس كذلك في *التهذيب*.

٦. *الوسائل*، ج١٩، ص٨٠.

عليه إذا خالفت أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن ان‌شاءالله.[١]

و رواه في *الفقيه* بإسناده عن محمدبن‌علي‌بن‌محبوب: قال: كتب رجل إلى الفقيه و ذكر مثله كما في *الوسائل*.

أقول: ربما يتوهم من الحديث الثاني صحة اشتراط ضمان المستودع من جانب المودع في فرض عدم الإفراط و التفريط.

إلا أن يقال مضافاً إلى ما مرّ، ان المستودع في فرض عدم التعدي و التفريط محسن وقد قال تعالى: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ». لكن في ثبوت اطلاق الآية يشمل نفي الضمان في المقام و نظائره تأملاً فلاحظ سياق الآية في سورة التوبة (٩١ و٩٢) و يؤيده قوله تعالى: «وَ لَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»[٢] فانه لم‌يفهم منه نفي الضمان للذمي على المؤمن.

و دعوى ان شرط الضمان كذلك غيرمشروع، يرده انه من فضول القول في مقابل الحديث ان قبل دلالته على صحة شرط الضمان.

و الأظهر عدم نفوذ الشرط لصحيح الحلبي أو حسنته المتقدمة: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان. و قال: إذا هلكت العارية عند المستعير لم‌يضمنه إلّا أن يكون قد اشترط عليه.[٣]

فان اختصاص الشرط بالعارية له دلالة قوية على عدم جريانه في الوديعة و البضاعة فيحمل قوله (و لم‌تكن مضمونة) على فرض الإفراط و التفريط و نحوهما.

و المستفاد من الحديث الثالث انّ الأمانة شرط في نفي الضمان ثبوتاً، فغير الأمين يضمن من دون تعد و تفريط، لكن العرف خير شاهد على أن المراد من العبارة، مدخلية الأمانة في دفع الضمان انما هو في مقام الاثبات، و محصل المراد انّ المستودع يضمن مع الإفراط و التفريط أميناً كان أو خائناً، و مع الشك فيهما و النزاع في انه أتلفه أو تلف

---

١. *المصدر*، ص ٨١.

٢. النساء، الآية ١٤١.

٣. *الكافي*، ج ٥، ص ٢٣٨.

عنده، فلا ضمان عليه إن كان أميناً و الا فهو ضامن و عليه غرم، نعم يدفع عنه الضمان إذا أقام بينة على أن تلف المال لم‌يكن بتفريطه أو تعديه كما يأتي في الأحاديث الآتية، لكن المشهور لم‌يعتمدوا على هذه الروايات. بل في *الجواهر*: شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً. سواء أسنده إلى سبب أو لا، و سواء كان ظاهراً كالغرق و الحرق أو خفياً كالسرقة و نحوها. بل في *التذكرة* نسبته إلى علمائنا، بل لم‌يحك الخلاف فيه إلا من الشيخ في *المبسوط* فلم‌يقبل قوله الا بالبينة في التلف بأمرٍ ظاهر لعموم البينة. و لكن رماه بعضهم بالشذوذ و العموم المزبور يجب.[١] تخصيصه بالاجماع الظاهر أو المحقق المحكي أو المحصل و المرسل... و لانه أمين محسن... .[٢]

بل عن أبي و أبي‌الصلاح انه لا يمين عليه إلّا مع التهمة... بل عن الصدوق و الشيخ في *النهاية* و ابن‌حمزة انه لا يمين عليه مطلقاً. بل في *الفقيه*: قضى مشايخنا ـ رضي الله عنهم ـ على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن و لايمين عليه. و لكن الأقوى الأول لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينة و اليمين.[٣]

أقول: و احلافه هو مختار في الشرائع و هو الأرجح لما يأتي.

ثم الرواية الأخيرة تدل على ضمان المستودع بالتصرف غيرالمأذون، نعم في إطلاقه بحث راجع وديعة الجواهر.

فرع: لو ابرأ المودع المستودع من الضمان ففيه قولان، الصحة كما في *الشرائع* و الاشكال فيه كما في *الجواهر*، فانه إبراء عما لم‌يجب بعد. كما لو قال للغاصب ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك.[٤]

و عرفت نظرنا في ذلك في شرح ضمان العروة الوثقى.

---

١. لايوجد عموم معتبر على حجية البينة بعد ضعف خبر مسعدةبن‌صدقة.

٢. *الجواهر*، ج٢٧، ص١٤٨.

٣. حذفنا استدلاله بروايات غيرمعتبرة سنداً، فانها غير حجة عندنا.

٤. *الجواهر*، ج٢٧، ص ١٤٦.

# الضمان في العارية

١. حسنة الحلبي المتقدمة: إذا هلكت العارية عند المستعير لم‌يضمنه إلّا يكون قد اشترط عليه.

٢. حسنة ابن‌سنان قال: سألت اباعبدالله‌ﷺ عن العارية؟ فقال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً.[١] يجري فيه ما قلنا في الحديث الثالث المتقدم في الوديعة.

٣. حسنة أبي‌بصير عن أبي‌عبدالله‌ﷺ... بعث رسول الله‌ﷺ إلى صفوان‌بن‌أمية فاستعار منه سبعين درعاً باطراقها، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال النبي‌ﷺ: بل عارية مضمونة.[٢]

٤. معتبرة محمدبن‌مسلم ـ على المشهور ـ عن أبي‌جعفر‌ﷺ قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: إذا كان أميناً فلا غرم عليه.[٣]

أقول: يجري فيه ما أشرنا إليه في الثانية.

٥. معتبرة محمدبن‌قيس ـ على المشهور ـ قضي ـ أميرالمؤمنين في رجل أعار جارية فهلكت من عنده و لم‌يبغها غائلة (أي شراً و فساداً) فقضي أن لايغير

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص٩٢.

٢. *التهذيب*، ج٧، ص٢١٧، برقم ٧٩٩ و *الوسائل*، ج١٩، ص٩٣.

٣. *المصدر*.

مهما المعار، و لايغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم‌يكرهها أو يبغها غائلة.[١]

٦. معتبرة ابن‌مسكان ـ على المشهور ـ عن أبي‌عبداللهعليه السلام: لاتضمن العارية، إلّا أن يكون اشترط فيها ضماناً إلّا الدنانير فانها مضمونة و إن لم‌يشترط فيها ضمان.[٢]

و رواه في *الكافي* عن ابن‌سنان و كذلك في بعض نسخ *التهذيب* فلاحظ: *الوسائل*.[٣]

٧. حسنة زرارة: قلت لأبي‌عبداللهعليه السلام العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرته فتوى فلايلزمك تواه إلا الذهب و الفضة، فانهما يلزمان الا أن يشترط انه متى توى لم‌يلزمك تواه و كذلك جميع ما استعرت و اشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضة لازم لك و ان لم‌يشترط عليك.[٤]

٨. معتبرة مسعدةبن‌زياد عن جعفربن‌محمد قال سمعته يقول: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً.[٥]

أقول: مدلول جميع الروايات ما في حسنة زرارة برقم ٧ كما لايخفى فلايشترط كون الذهب والفضة مسكوكين، و ذكر الدنانير في السادسة محمول عرفاً على ذكر بعض افراد الذهب.

و اعلم ان ضمان عارية النقدين تعبدي صرف، فان المالك أقدم على المجانية، فلايجري فيها قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، حتى يحكم بضمان العارية الفاسدة فيهما، و لذا صرح بعضهم بعدم الضمان في الفاسدة.[٦]

و يمكن استثناء مورد من عدم الضمان في فرض التلف بالاستعمال فلاحظ الجواهر.[٧]

---

١. *التهذيب*، ج٧، ص٢١٧، برقم ٨٠٠.

٢. *المصدر*، ص ٢١٨، برقم ٨٠٤.

٣. ج١٩، ص٩٦.

٤. *التهذيب*، ج٧، ص٢١٨، برقم ٨٠٦.

٥. *الوسائل*، ج١٩، ص ٩٤.

٦. *القواعد الفقهية*، ج ٢، ص ١٠١.

٧. ج٢٧، ص ١٦٤.

## تتمة فقهية

في *الشرائع و الجواهر*: لا خلاف و لا إشكال في ان (العارية أمانة)... فهي كغيرها في الأمانات (لاتضمن الا بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو باشتراط الضمان) زيادة على الوديعة للاجماع بقسميه و النصوص... وكذا تزيد على الوديعة بانها (تضمن إذا كانت ذهباً أو فضة و ان لم‌يشترط) الضمان. بلا خلاف أجده فيه في الدراهم و الدنانير منهما. بل الاجماع بقسميه عليه و النصوص... ثم نقل شمول الحكم لمطلق الذهب و الفضة عن جمع من الفقهاء و جعله أقوى لحسنة زرارة المتقدمة و غيرها.[١]

و قال أيضاً: (إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه) لأن ذلك مقتضي ايتمانه و كذا في عدم التفريط و التعدي. (ولو ادعي الرد فالقول قول المالك مع يمنيه) لقاعدة البينة على المدعي و اليمين على من أنكر، و الايتمان لايقتضي تصديقه في الرد و قبوله في الودعي للنص.[٢]

أقول: في كلامه فيَ الودعي نظر.

و قال أيضاً: (لو فرط في العارية و تلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم‌يكن لها مثل) و إلا كان عليه مثلها (وقيل أعلى القيم السوقية من حين التفريط إلى وقت التلف). أخذاً بأشق الأحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال أخر أيضاً.

و لا ريب في أن (الأول أشبه) بأصول المذهب و قواعده، لانه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين و رده قائم مقام ردها، نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ. كما هو واضح.[٣]

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص١٨٣ ـ ١٨٤.

٢. *المصدر*، ص٢٠٠.

٣. *المصدر*، ص٢٠١.

# الضمان في المضاربة

١. صحيح محمدبن‌مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عـن الرجـل يعطـي المـال مضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال، و الربح بينهما.[١]

أقول: و مثله غيره من روايات الباب و هذا الضمان المعلق أو التقديري من ضمان الاستيلاء (اليد) لكن في صحيح الحلبي: فإن جاوزهـا ـ الأرض المعينـة ـ وهلـك المال فهو ضامن.[٢]

و عليه يكون الضمان فعلياً غيرمقدر و معلق. و كلا الفرضين صحيح.

٢. معتبرة محمّدبن‌قيس عن أبي‌جعفر عن علي عليه السلام: من إتجر مالاً و اشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، و قال: من ضمّن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله و لـيس لـه من الربح شيء[٣] و بحثه في محله.

٣. معتبرة الحلبي عن الصادق عليه السلام: انه قال في الرجل يعطي الرجل المـال، فيقـول له: ائت أرض كذا و كذا و لاتجاوزها و اشتر منها. قال: فإن جاوزهـا و هلـك المـال فهو ضامن و ان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما رحمهم الله.[٤]

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص ١٥، اول كتاب المضاربة.

٢. *المصدر*، ص ١٥ و ١٦.

٣. *الكافي*، ج ٥، ص ٢٤٠.

٤. *المصدر*.

فرع: ولو قال العامل ربحت ثم خسرت أو تلف الربح، قبل لأنه أمين يصدق بالنسبة إلى ذلك. نعم قيده في *التذكرة* فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بأن عرض في السوق كساد، و الا لميقبل. و قال في *الجواهر*: و لا بأس به[١] و قال في محل آخر:[٢] لا خلاف و لا اشكال في ان العامل أمين، بل هو إجماعي فلايضمن حينئذ ما يتلف إلّا عن تفريط أو خيانة ولو للتعدي فيه، بأن فعل ما فيه ما لميأذن له شرعاً فيه... .

١. ج ٢٦، ص ٣٧٣.

٢. *المصدر*، ص ٣٧٨.

# الضمان في الإجارة

١. اكتري ابوولاد بغلاً إلى قصر ابن‌هبيرة، فلما صار قرب قنطرة الكوفة توجه إلى النيل ثم إلى بغداد ثم رجع إلى الكوفة بعد ١٥ يوماً، فقال له الصادقعليه السلام: أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة[١] إلى النيل ومثل كراء راكباً من النيل إلى بغداد و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه إياه. قال جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ فقال: لا، لانك غاصب[٢] قال:

فقلت له: أرأيت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته.[٣]

قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه... .[٤]

و يؤيده روايات في الباب، لكن في أسانيدها خلل.

---

١. بيان أجرة المثل مطلقاً ربما يدل على بطلان الاجارة والا لتعين عليه الاجرة المسماة فيما قبل التجاوز على طريق قصر ابن‌هبيرة فلاحظ.

٢. لايخص الحكم بالاجارة فكل غاصب لايستحق ما أنفقه.

٣. في حاشية الوسائل لمؤلفها: أي الضمان قد ثبت ذلك اليوم لا قبله، فالنقصان السابق عنا و قيمة غير مضمون. قلت: فهذا يدل على صحة الاجارة قبل المخالفة، و الا لضمن ضمان الاستيلاء. (واليد).

٤. *الوسائل*، ج١٩، ص١١٩ـ ١٢٠.

٢. حسنة الحلبي عن أبي‌عبداللهعليه‌السلام قال: سئل عن القصّار يفسد؟ فقال: كل أجير يعطي الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن.[١]

و رواه الصدوق في *الفقيه*[٢] عن حماد عن الحلبي عنهعليه‌السلام هكذا: في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن.[٣]

٣. و بالاسناد عنهعليه‌السلام انه قال في الغسال و الصباغ: ما سرق منهم من شيء فلم‌يخرج منه على أمر بين انه قد سرق وكل قليل له أو كثير، فان فعل فليس عليه شيء و إن لم‌يقم البينة و زعم انه قد ذهب الذي أدعى عليه فقد ضمنه إن لم‌يكن له بينة على قوله.[٤]

العبارة مشوشة إلى حد ما و يحتمل ضعف الراوي في بيان مراد الإمام، فيشكل الاعتماد على ذيل الرواية من الضمان في فرض عدم اقامة البينة.

٤. و رواه الشيخ بسند آخر معتبر و زاد: و عن رجل استأجر أجير فأقعده على متاعه فسرقه؟ قال: َهو مؤتمن. اطلاقه يشمل فرض الاقعاد لحفظ المتاع أو شرائه مثلاً.[٥]

لكن الرواية ناظرة إلى مقام الثبوت و لا دلالة لها إلى نفي لزوم اليمين أو البينة عند النزاع.

٥. و بالإسناد الأول المعتبر عنهعليه‌السلام: كان أميرالمؤمنين يضمن القصار و الصائغ احتياطاً للناس، و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً.[٦]

---

١. *المصدر*، ب٢٩ من أبواب كتاب الاجارة، ج١٩، ص١٤١ ـ ١٤٨.

٢. ج٣، ص٢٥٣، برقم ٣٩٢٠.

٣. *الوسائل*، ج١٩، ص١٤٧.

٤. *المصدر*، ب٢٩ من أبواب كتاب الاجارة، ص١٤١ ـ ١٤٨.

٥. و لاحظ أيضاً ج١٩، ص ١٤٥ فان له سنداً آخر مع تغيير في المتن.

٦. *المصدر*.

أقول: المناسب بعنوان القصار و الصائغ تعلق الضمان بإفسادهما و لكن فرض كونهما مأمونين يناسب تعلق الضمان بالسرقة ونحوها من أسباب التلف و إن التلف لم‌يكن بتعدٍ منه و لا بتفريط منه. و يمكن القول بإطلاق الرواية للفرضين فرض التلف و الافساد، و إذا قلنا ان أمانة العامل لأجل عدم إفراطه و تفريطه في عمله فتختص الرواية بفرض الافساد، فإذا حملنا تطوع الباقر عليه السلام على عمله دون فتواه لايبقى الاشكال في الرواية و ما ذكره المجلسي رحمه الله في دفع مخالفة الباقر عليه السلام مع أميرالمؤمنين في التضمين غيرواضح.

و معنى الرواية على هذا الاحتمال المؤيد ببعض الروايات الأخرى[1] ان القصار و الصائغ إذا أفسدا يضمنان مأمونين كانا أو لا، لكن الباقر عليه السلام كان لايأخذ قيمة ماله أو مثله إذا أفسده أحدهما إذا كان مأموناً و يأخذ مثله أو قيمته إذا أفسده غير المأمون و لايراه أهلاً للتطوع و التفضل. و اما إذا فرضنا شمول الرواية لفرض تلف العين بالسرقة و نحوها فالضمان مختلف فيه نصا و فتوى. و آخر الكلام انه لايسع أحداً أن يخالف أميرالمؤمنين في الاعتقاد و النظر و الإفتاء.

٦. صحيح أبي‌بصير عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قصار دفعت إليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه؟ قال: فعليه أن يقيم البينة انّه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء، فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء[2] و في *الفقيه*: و ان سرق مع متاعه فليس عليه شيء بل في نسختي من التهذيب ذكر لفظ (كله) بين القوسين فكأنه نسخة.

أقول: رواه في *الكافي* و *الفقيه* و *التهذيب* و سند الاخيرين معتبر و سند *الكافي* مرسل، و الحديث شرط في نفي الضمان ـ في مقام الاثبات ـ إقامة البينة على التلف أو كان السارق سرق متاع الأجير كله فكان المستأجر (بالفتح) في بينه.

و هل المقصود بالشرط الثاني ادعاءه أو وجوده بحيث يتوقف عدم ضمانه على اثبات سرقة متاعه كله؟ فيه احتمالان. و لايخلو اعتباره بكلا احتماليه عن غرابة. و

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص١٤٧.
٢. *المصدر*.

لايبعد أن دخله في نفي الضمان يوهن اشتراط إقامة البينة، و أنه يشير إلى كفاية مطلق القرينة لنفي الضمان فلاحظ.

٧. صحيحة اخرى لأبي‌بصير عنه‌ﷺ قال: لايضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً.[1]

و في رجل استأجر حمالاً فيكسر الذي يحمل أو يهرقه، فقال على نحو من العامل إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غيرمأمون فهو ضامن.[2]

أقول: صدر الرواية مخصوص بفرض الاتهام فيصلح بحصره لتقييد سائر المطلقات الدالة على لزوم إقامه البينة لنفي الضمان، بكونهم متهمين. و اما غيرالمتهم فإذا ادعى التلف من غير تعد و تفريط فيقبل قوله بيمينه. و لا بأس بالتزامه و ان لم‌يقل به المشهور، لكن في الرواية بحثان آخران ربما يضران بهذا الالتزام.

أولهما: شمول الرواية لفرض إفساد العامل للتعييب و التلف معاً و لاتخص الثاني و لا أظن بأحد لايقول بضمانه بالإفساد لأجل كونه مأموناً! إلا أن تقيد اطلاق الرواية بحسنة الحلبيَ المتقدمة برقم ٢.

ثانيهما: ذكر الاستحلاف في عرض البينة ولا سيما مع التعبير بـ : فيخوف إذ المستفاد بالتأمل عدم اعتبار بينة المتّهم في نفي ضمانه، بل يكفيه الحلف أيضاً و ان المتهم يخوف بالبينة لا انه يكلف باقامتها علي نسخة التهذيب وكل ذلك احتياط ليستخرج منه بيان الحقيقة، كما هو سياسة القاضي.

وعلى كل توجه إقامة البينة و الحلف كليهما إلى أحد المتنازعين غريب في باب القضاء و النزاع.

و أما كسر الجمال و اهراقه فإن كانا بنحو الاتلاف فمقتضى القاعدة ضمانه، سواء كان بسهو منه أو عمد، سواء كان الجمال أمينا عادلا أو خائنا فاسقاً. فانّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن مطلقاً على ما مر، و اما إن لم‌يكن بنحو الإتلاف بل بنحو

---

١. في *الفقيه*: فيجيئون بالبينة فيخوّف و يستحلف.

٢. *المصدر*.

التلف فهو داخل في محل البحث، و مفاد الرواية تكليفه بالبينة أو الاستحلاف إذا كان متهماً و لا كثير مخالفة لقول المشهور القائل بكفاية الحلف، فإن البينة أحد الأمرين المخيّر فيهما المكلف. فلا بأس بذهاب المشهور إلى عدم لزوم إقامه البينة على عدم تعدي هؤلاء في عدم ضمانهم و اقتصارهم على لزوم اليمين بقانون البينة على المدعي و اليمين على من أنكر. والله العالم.

٨. معتبرة معاويةبن‌عمار ـ على المشهور ـ قال: سألته عن الصباغ و القصار؟ فقال لايضمنان.[١]

يحتمل اطلاق الرواية من حيث التلف و الافساد إلا أن يدعى انصرافها إلى الأول والله العالم.

و على كل، لايصح أن يحمل الأمر بإقامة البينة في بعض الروايات المتقدمة على الندب لأجل هذه الرواية، فان مثل هذا الحمل غيرمحتمل أو هو بعيد جداً نعم الرواية السابقة تقيد هذه الرواية بغير المتهم، و المتهم إما يقيم البينة أو يحلف.

٩. معتبرة يعقوب‌بن‌شعيب قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالأجر و عليه ضمان ما لهم فقال: إذا طابت نفسه بذلك، إنما أكره من أجل أني أخشى أن يغرموه أكثر مما يصيب عليهم، فإذا طابت نفسه فلا بأس.[٢]

و في موضع آخر من *التهذيب* هكذا: سألته عن الرجل يبيع للقوم بالأجر عليه ضمان ما لهم.[٣]

قال: إذا طابت نفسه بذلك، انّما أخاف أن يغرموه أكثر مما يصيب... .[٤]

أقول: تدل الرواية على صحة اشتراط ضمان الدلال و السمسار و هو المتوسط

---

١. *المصدر*.

٢. *التهذيب*، ج٧، ص٢٦٣، برقم ٩٦٥ و في *الوسائل*، ج١٩، ص١٤٦: انما كره ذلك... وما في نسختي من *التهذيب* اظهر كما لايخفي.

٣. حمله المحشي على الاستفهام و جعل زيادة حرف الواو كما في الرواية الأولى صواباً.

٤. *التهذيب*، ج٧، ص ١٨٥، برقم ٦٩٢.

بين البائع و المشتري و اعلم انه لا يرىٰ العرف بين الإجارة و سائر العقود فرقاً في ذلك، و ليس المعاملات كالعبادات في عدم العبرة بفهم العرف، فلا بعد في تسرية مشروعية الضمان في جميع العقود، و ان عدم الضمان لعدم المقتضىٰ لا لمقتضى العدم حتى لايشرع اشتراط الضمان، و هذا هو الأظهر خلافاً لجمع من المعاصرين و غيرهم و وفاقاً لصاحب العروة علي ما يأتي. و تقييد شرط الضمان في الرواية بفرض التعدي و التقصير خلاف الظاهرة و لايصار إليه.

١٠. في الصحيح: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن‌شاءالله.

أقول: الضمير أن في الجواب راجعان ظاهراً إلى القصار الأول دون الثاني، و هل وجه الضمان هو مجرد ضياع الثوب و تلفه و إن كان عند الأول، أو هو دفع الثوب إلى قصار آخر من دون إذن مالكه كما يفهم من السؤال؟ استثناء فرض الوثاقة و الأمانة في الضمان لايناسب الثاني، إذ دفع المال إلى أجير آخر و إلى شخص آخر من دون إذن مالكه موجب للضمان الاستيلائي (ضمان اليد) مطلقاً كان الدافع عادلاً أو فاسقاً، إلا أن يقال أن ذكر الثقة المأمون في كلامه عليه السلام لأجل انّ مثله لايدفع مال المالك إلى غيره من دون إذنه، فالوجه في الضمان دفع المال إلى أحد من دون إذن مالكه، فلاتنافي بقية الروايات.

١١. صحيح الحلبي عن أبي‌عبدالله عليه السلام سئل عن رجل جمال استكرىٰ منه إبلاً (إبل ـ خ) و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم انّ بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه؟ فقال: إن شاء أخذ الزيت و قال: انه انخرق. و لكنه لايصدق الا ببيّنة عادلة.[1]

١٢. و في صحيح الحلبي عنه عليه السلام في جمال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهبت

---

١. *المصدر*، ب ٣٠.

أو أهرق أو قطع عليه الطريق، فإن جاء عليه ببينة عادلة انّه قطع عليه أو ذهب، فليس عليه شيء و الا ضمن. و في رجل حمل معه رجل (هكذا) في سفينته طعاماً فنقص، قال: هو ضامن.

قلت له: إنه ربما زاد، قال: تعلم انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: هو لك.[١]

و عن *المسالك* كما في هامش *الفقيه*: القول بضمانهم مع عدم البينة هو المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، و الروايات مختلفة، و الأقوى أنّ القول قولهم مطلقاً لانّهم أمناء و للاخبار الدالة عليه، و يمكن الجمع بينها و بين ما دل على الضمان بحمل ما دل على الضمان على ما لو فرطوا أو أخروا المتاع عن الوقت المشترط كما دلّ عليه بعضها. انتهى.

و عن المجلسي: لعلّ الحكم بوجوب اقامة البينة عليه و الضمان على تقدير عدم الاقامة في صورة التهمة أي ظن كذب الحمال أو ظن تفريطه أو عدم كونه عادلاً كما يشعر به بعض الأخبار الآتية لا مطلقاً و هذا أظهر طرق الجمع في هذه الأخبار و قال نحوه سلطان العلماء.[٢]

١٣. معتبرة جعفربن‌عثمان قال: حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمال، فذكر ان حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبي‌عبداللهؑ فقال: أتتهمه؟ قلت: لا، قال: فلاتضمنه.[٣]

يمكن أن يقال بأن الرواية مخصوصة بفرض حضور المالك مع الجمال و الروايتان السابقتان ناظرتان إلى فرض انفراد الجمال و صاحب السفينة بالمال فلاحظ.

١٤. معتبرة أبي‌بصير عن أبي‌عبداللهؑ في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه، قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غيرمأمون فهو ضامن.

أقول: يحمل الخبر على فرض التلف دون الإتلاف و يحمل غيرالمأمون على المتهم جمعاً.

---

١. *الفقيه*، ج٣، ص ٢٥٤، طبعة جامعة المدرسين، برقم ٣٩٢٣.

٢. هامش *الفقيه*، ج٣، ص ٢٥٤، طبعة جامعة المدرسين، برقم ٣٩٢٣.

٣. *الوسائل*، ج١٩، ص ١٥٠.

١٥. معتبرة داودبن‌سرحان عن أبي‌عبداللهعليه‌السلام في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن.[١]

الظاهر رجوع الضمير المجرور في (منه) إلى الإنسان دون المتاع و ليست الرواية متعلقة بباب الاجارة إذ لا قرينة على كون الحامل كان أجيراً فهي تثبت ضمان الدية. و يأتي بقية الكلام فيها في المباحث الفقهية الآتية.

١٦. معتبرة علي‌بن‌رئاب عن أبي‌عبداللهعليه‌السلام في رجل حمل عبده على دابة فأوطأت رجلاً. قال: الغرم على مولاه.[٢]

و عن المجلسي القول بضمان المولى للشيخ و أتباعه، مستنداً إلى هذه الرواية و اشترط ابن‌ادريس صغر المملوك بخلاف العاقل البالغ، فانّ جنايته تتعلق برقبته.[٣]

١٧. معتبرة محمدبن‌قيس ـ على المشهور ـ عن أبي‌جعفرعليه‌السلام قال: قال أميرالمؤمنينعليه‌السلام في حديث: و لايغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم‌يكرهها أو يبغها غائلة.[٤]

١٨. صحيح الحلبي بسند الصدوق كما جزم به صاحب *الوسائل*[٥] و هو محتمل كما يحتمل كونه مرسلاً عن أبي‌عبداللهعليه‌السلام في رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فتضيع الدابة. قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن و ان دخل وادياً فلم‌يوثقها فهو ضامن، و ان سقطت في بئر فهو ضامن، لانه لم‌يستوثق منها.[٦]

أقول: الأول بضمان الاستيلاء و الثاني و الثالث بضمان التفريط المنافي للأمانة.

١٩. معتبرة غياث عن جعفر عن أبيه: انّ علياً أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت، فلم‌يضمنه و قال: انما هو أمين.[٧]

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص١٥٢.
٢. *المصدر*، ص١٠٣.
٣. *حاشية التهذيب*، ج١٠، ص٢٦١.
٤. *الوسائل*، ج١٩، ص ١٥٥، ب٣٢.
٥. *المصدر*، ص ١٥٥ ـ ١٥٦.
٦. *الفقيه*، ج٣، ٢٥٥، برقم ٣٩٢٥ و *الوسائل*، ج١٩، ١٥٥ ـ ١٥٦.
٧. *التهذيب*، ج٧، ص٢٦١، برقم ٩٥٤ و *الوسائل*، ج١٩، ١٣٩ ـ ١٤٠، ب١٨.

و ما في خبر اسحاق‌بن‌عمار عن الصادق عن أبيه انّ علياً كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لانه انّما أخذ الجعل على الحمام و لم‌يأخذ على الثياب[1] فيظهر منه ضمان الأجير على حفظه و ان كان أميناً.

لكن فيه أولا انه غيرمعتبر لما ثبت عندي أخيراً من جهالة غياث‌بن‌كلوب بعد عدم وجود توثيقه في كلام الشيخ كالسكوني و عمل الأصحاب بأخبارهما مختلف فيه. كما ذكرناه في الطبعة الرابعة من البحوث. و ثانياً ينافيه صحيح الحلبي المتقدم في ضمان الوديعة الصريح في عدم ضمان الأجير.

و مثله معتبرة أبي‌بصير: في الرجل يستأجر الحمال فيكسر الذي يحمل عليه أو يهريقه؟

قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غيرمأمون فهو ضامن.[2]

٢٠. صحيح علي‌بن‌جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لايركبها غيره فهو ضامن لها، و ان لم‌يسم فليس عليه شيء.[3]

يظهر منه أنّ الأصل جواز إعطاء العين المستأجرة للغير و استعماله إيّاها إلّا إذا منع المالك منه.

و عن الشهيد الثاني العمل به حيث يجوز التقبيل و نقل ميل العلامة إليه في مختلفه، و نقل عن ابن‌الجنيد جواز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأموناً و قال: و لكن ينبغي تقييده بكون المدفوع إليه ثقة و إلّا فالمنع أوجه.[4]

و أورد عليه في *الجواهر*[5] بأنّ جواز التقبيل أعم من ذلك ضرورة إمكان عمل

---

١. *الوسائل*، ج١٩، ص١٤٠.

٢. *الفقيه*، ج٣، ص٢٥٧، طبعة جامع المدرسين.

٣. *الوسائل*، ج١٩، ص١١٨، ب ١٦ من كتاب الاجارة.

٤. لاحظ: وجه القيد في الخبر المتقدم برقم ٩.

٥. ج٢٧، ص٣٢٠.

الغير فيه و هو في يده و ليس له على المالك الإذن حتى يرفع أمره إلى الحاكم (كما قاله الشهيد في مسالكه) كما انه ليس له الفسخ من هذه الجهة. و صحيح علي بن جعفر لاصراحة فيه، بل و لاظهور في خروج العين عن يد المستأجر الأول، و انما السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها، و ان كانت هي في يد الأول، و لاريب في انّ الحكم فيها ما ذكره‌ﷺ. فلاينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره، الذي عند التأمل من غرائب الكلام.

أقول: صاحب الجواهر متشدد على الشهيد الثاني في ردوده في جمله من الموارد أو غالبها رحمهما الله تعالى معاً و الصحيحة ظاهرة فيما ذكره الشهيد الثاني، على انّ أعمية جواز التقبل من تسليم العين إلى الغير انّما هي في بعض الموارد دون جميعها، و العرف يرى الملازمة بينهما و لا ملزم في الرجوع إلى الاحتمالات النادرة الخارجة عن المتفاهم العرفي.

نعم يشكل الأمر في البناء على جواز الاجارة للمستأجر بمجرد عدم المنع من قبل المالك و لايبعدان يقال ان المفهوم من مجموع الأخبار عدم صحة إجارتها و سائر المعاملات عليها إلّا مع إذن المالك فلاحظ و تدبر فلو سلمها بعقد غيرمأذون له ضمن.

# مباحث فقهية

١. قال في *الشرائع* و *الجواهر*: (إذا تعدى في العين المستأجرة) و إن كانت أمانة في يده (ضمن فيمتها وقت العدوان) و إن تلفت بغيره، كما في كل أمانة تعدّى فيها بلا خلاف و لا إشكال نصاً و فتوى، بل الاجماع بقسميه عليه، لكن على معنى دخولها في ضمانه في ذلك الوقت إلى حين التلف في يده، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى. و قيل أعلى القيم و قيل غيرذلك، لان (لا أن ـ ظ) المراد ضمان قيمتها حينه و ان تلفت بعد ذلك و اختلفت قيمتها زيادة أو نقصاً كما هو ظاهر المصنف و القواعد و محكى التحرير و الايضاح و جامع الشرائع.

و لعله كما في صحيح أبي‌ولاد (المتقدم برقم)[1] ... لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة البغل يوم خالفته. لكن فيه بعد ذلك قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحيح و المعيب يوم ترده.

و التحقيق ما عرفته، بل لم‌أجد ذلك قولاً لا حد في غير المقام... .

قال في كتاب إجارة *العروة الوثقى*: المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء في القيميات... .

أمّا دليل قول المصنف فهو مذكور في *المستمسك*[2] و أمّا السيد الحكيم فقال في

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص ٣١٦.

٢. ج ١٢، ص ٧٧.

شرح قوله عليه السلام في صحيحة أبي‌ولاد: أرأيت لو نفق البغل أو عطب أليس كان يلزمني قال: قيمة بغل يوم خالفته. الذي استدل به من جعل المدار على قيمة يوم المخالفة بناءاً على أنّ قوله يوم خالفته. أمّا مضاف إليه القيمة المضافة إلى البغل أو قيد الاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. و فيه إنّ الأول غيرمعهود في الاستعمال و لايمكن ارتكابه. و الثاني غيرمعقول، لان الاختصاص ملحوظاً معنى حرفياً لا إسمياً و لايمكن التعلق به. بل الظاهر كونه قيداً لعامل الجملة الجوابية المقدر، أعني قوله: «يلزمك» و كما انّ القيمة فاعلة، كذلك الظرف قيدهٰ، و التقدير بعد ملاحظة الشرط في السؤال يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل لو نفق أو عطب البغل، فيدل على انّ الانتقال إلى القيمة يوم التلف.

و لأجل انّ الوجه في ضمان القيمة تدارك الخسارة المالية في العين، يتعين البناء على قيمة يوم التلف، لانّ ثبوت القيمة المذكورة تدارك لمالية العين الفائتة حينئذٍ. و من هنا حكى عن الأكثر انّ الاعتبار بقيمة يوم التلف و يعضده بعض النصوص الآخر مثل ما ورد في المعتق حصته من عبد انه يقوم قيمة يوم أعتق أو يوم حرّره.

أقول: الرواية المشار إليهما في أخير كلامه معتبرة سنداً لكنها غير دليل على المقام و الأحوط لزوماً هو المصالحة بين قيمة يوم العدوان و يوم التلف عند التفاوت.

هذا في فرض التلف و أما في فرض النقص فيمكن متابعة صاحب العروة لصحيح أبي‌ولاد. و فيه: يوم ترده عليه.

٢. عن *القواعد*: ولو استأجر الدابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع، ولو سلم إلى المؤجر، و قال انه قفيز و كذب فتلفت بالحمل ضمن النصف و يحتمل بالنسبة. و رده في *الجواهر*[1] بقوله: إلّا انه كما ترى مناف لإطلاق الضمان في النص و الفتوى فلايقاس على ما ذكره في القصاص و الديات من انه لو جرحه زيد و عضه الأسد مثلاً فسريا ضمن الجارح النصف، و كما لو جرحه واحد عمداً و آخر باستيفاء

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص ٣٢٦.

قصاص مثلاً فسريا على أن يكون الجامع بينهما، إذ التلف في مسألة التحميل مثلاً قد استند أيضاً إلى ما هو بحق، و هو القدر المشروط، و إلى غيره، و هو الزائد.

إلّا انّه اجتهاد في مقابلة النص و الإجماع، بل و القواعد عند التأمل خصوصاً بعد إمكان دعوى عدم الإذن في القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صار به التلف من الزائد، و إن كان فيه ما عرفته سابقاً... .

أقول: و لاحظ بقية كلامه و تأمل فيه والله العالم. و في *المستمسك*[1] انّ الموجب للضمان، العدوان الحاصل بحمل ما لم‌يأذن به المالك.

۳. قال المحقق: إذا أفسد الصانع ضمن و لو كان حاذقاً كالقصار يحرق الثوب أو يخزن أو الحجام يجنى في حجامته أو الختان يختن فيسبق موساه إلى الحشفة أو يتجاوز حد الختان و كذا (الكحال) البيطار، مثل أن يخيف على الحافر أو يفصد فيقتل أو يجني ما يضر الدابة و لو احتاط و اجتهد.

و عقبه في *الجواهر* قوله: من غير فرق عندنا في جميع هؤلاء بين المشترك و الأجير الخاص منهم، و بين كون العمل في ملكه أو ملك المستأجر و بين حضور رب المال أو غيبته، بلا خلاف أجده في شيء من ذاك بين المتقدمين و المتأخرين منا. ثم نقل عن جمع دعاوى الاجماعات في موارد من هؤلاء و أمثالهم كالملاحين و المكارين يضمنون ما تجنيه أيديهم على السلع كما عن ابن‌ادريس.

أقول: عرفت دلالة بعض الروايات المتقدمة عليه صريحاً. و لا فرق بين العارف و الحاذق و غيره كما لا فرق بين فرض العمد و السهو و الجهل و انما المدار على الإتلاف و الإفساد، و امّا التلف من دون إفساد و إتلاف فلايوجب الضمان على وجه مرّ بحثه.

و لا فرق بين العناوين المأخوذة في الروايات و الفتاوى و غيرها عند العرف و في حسنة الحلبي: كل أجير يعطي الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن و يتعدى إلى غيره بقاعدة الاتلاف كما إذا أتلف المكارى بسوقه أو قوده أو بانقطاع حبله البالى

---

۱. ج ۱۲، ص ۸٤.

مثلاً. و لذا قال في *الشرائع* و *الجواهر* بعدم الضمان مع عدم التلف منهم الا ما يتلف بتعد أو عن تفريط. بل لم‌يحضرني خلاف فيه... .[١]

٤. و اما الحمّال ففي *الجواهر*: يضمن ما يسقط عن رأسه مثلاً بعثرته و نحوها مما يستند به التلف إليه، للأدلة التي سمعتها مضافاً إلى الصحيح (المتقدم برقم ١٥) لكن الصحيح غيردال على المقام كما مر و خبر زيد غيرمعتبر و إجماع *جامع المقاصد* غير حجة، و عن كاشف اللثام: ان الموافق للأصول عدم ضمانه إلّا مع التفريط أو كونه عارية مضمونة. و قيل نحوه عن *المسالك*.

و أورد عليه في *الجواهر*: انّ عدم ضمان الأمين إلّا بذلك، فيما يتلف في يده لا بفعله. امّا هو مما كان نحو الصانع من الأجير و نحوه فعلى قاعدة الضمان بالإتلاف و مندرج في الأصول السابقة و غيرها.[٢]

أقول و تحرير المقام أو توضيحه: ضمان الحمال إمّا للاستيلاء أي اليد عند المشهور أو للخيانة كما في الإفراط و التفريط، و امّا لقاعدة الإتلاف، و امّا التلف الناشيء عن عشرة غيراختيارية فلا موجب لضمانه كما عن *كشف‌اللثام* فهذا الفرض و نظائره داخل في التلف في يده لا بفعله كما أشار إليه في *الجواهر*، و لكن الظاهر من مؤلفها رحمه الله ان سقوط الحمل من رأسه مستند إلى فعله و هو الحمل و الوضع على الرأس، و هو بحسب فهم العرف ممنوع. و منه يظهر حال ما في العروة و حواشيها.

لكن قال السيد الأستاذ في مستمسكه: دعوى انّه من التلف غيرظاهرة لاستناده إليه و إن كان عن غير قصد، كما لو عثر فرجع على إناء غيره فكسره... نعم إذا كانت سلسلة الأسباب بعضها اختياري و بعضها غيراختياري نسب الفعل إلى الفاعل المختار، كما لو عمد إلى نائم فنخسه، فانقلب على إناء ثالث فكسره، نسب الكسر إلى الناخس.

أمّا لو كانت كلها غيراختيارية نسب الفعل إلى المباشر كما لو انقلب النائم على نائم آخر فانقلب الثاني على اناء فكسره، نسب الفعل إلى الثاني و لو كانت كلها

---

١. *الجواهر*، ج٢٧، ص ٣٢٦.

٢. *المصدر*، ج٢٧، ص ٣٢٦.

اختيارية كما لو ضرب زيد عمرواً فغضب عمرو و كسر إناه نسب الكسر إلى عمرو.

و من ذلك نعرف أن الاختيار ليس شرطاً في صحة النسبة إلا إذا كان موجوداً في سلسلة العلل، فانّه يستند الفعل إلى السبب الاختياري لا غير... .[١]

أقول: أما ما ذكره الأستاذ فهو في حد نفسه لايخطر ببالي عليه إعتراض عاجلاً، و امّا الحمال فلايكفي في ضمانه مجرد نسبة التلف إليه، بل لا بد من صدق الإتلاف عليه و سقوط المحمول و ان يستند عقلاً إلى حمله و وضعه على رأسه و هو فعل اختياري له، فضلاً عن كونه مطلق فعل له، لكن العرف لايستند التلف إلى الحمل و الوضع بل إلى الريح أو التصادم أو نحوه من العلل غيرالراجعة إلى فعل كمال فلايصدق الإتلاف عليه، نعم لو كان الحمل و الوضع على الرأس مستلزماً للسقوط صحت نسبة الإتلاف إليه و ضمن. و كذا لو نسب السقوط إلى سرعته في مشيه و نحو ذلك فما أفاده من نسبة الفعل إلى الفاعل المختار في فرض السبب الاختياري و غيرالاختياري (الفرض الأول) لابد أن يراد به ما مثله و نظائره لامثل المقام.

٥. المشهور كما عن *المسالك* انه إذا ادعى الصانع أو الملّاح أو المكارى هلاك المتاع من غير تعدّ و لا تفريط و أنكر المالك، كلفوا البينة على ذلك و مع فقدها يلزمهم الضمان و عن المرتضى انه اجماعنا و من متفرداتنا، إلّا انّ معقده الصناع كالقصار و الخياط و ما أشبهها (أشبههم). و يقول في *الجواهر*: إلّا انا لمنجده إلّا ليؤنس على ما حكى عنه و المفيد و الشيخ في موضعين من *النهاية*، مع انا لمنتحققه للأول منهم، بل لعلّ ظاهر المحكي عنه يقتضي ضمانهم ما جنته أيديهم، فليس حينئذ إلّا المفيد و المرتضى!

و قيل القول قولهم مع اليمين لانّهم أمناء، و هو أشهر الروايتين عملاً إن لميكن رواية أيضاً ثم نقل أسماء الكتب لموافقة لهذا القول حتى نقل عن الخلاف اجماع الفرقة و أخبارهم عليه.[٢]

أقول: المستفاد من مجموع الروايات المعتبرة المتقدمة ضمانهم عند عدم البينة و

---

١. مستمسك *العروة*، ج ١٢، ص ٨١ و ٨٢.

٢. *الجواهر*، ج ٢٧، ص ٣٤٢.

عدم الحلف و عدم إقامة قرينة كسرقة أموال المستأجر التى فيها العين المستأجرة المسروقة مثلاً كما في المعتبرة السادسة المتقدمة.

فلو رفع القائلون بالقول الثاني يدهم عن اقامة البينة بخصوصها و قال بها تخييراً بينهما و بين الحلف و سائر القرائن لزال الخلاف و حصل الوفاق. نعم مقتضى بعض الروايات المتقدمة عدم الاحتياج إلى الحلف كعدمه إلى البينة لكن ما ذكرنا هو مقتضى الجميع بينها لا في مطلق مدعي التلف بل في خصوص المتهم منه و هذا هو مختاري. و لا وحشة من الانفراد.

٦. لو قال المالك للخياط مثلاً إن كان يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه، فلم يكف، ضمن، ولو قال هل يكفي قميصاً؟ فقال: نعم فقال: اقطعه فلم يكفه لم يضمن كما في القواعد و غيرها لعدم الإذن في الأول بخلافه في الثاني، و ان كان صدوره منه اعتماداً على قول الخياط لكنه من الدواعي.[1]

و أورد صاحب الجواهر على الأول بإمكان القول بانّ مدار الإذن على الاجتهاد في ذلك و الفرض انّهِ قد غلب على ظنه ذلك. فهو في الحقيقة مأذون و الأصل براءة الذمة.[2]

لكن إطلاق الروايات الدالة على الضمان يشمله و صدق قاعدة الإتلاف عليه غير مشكل.

و أورد على نفي الضمان في الثاني بثبوت الضمان من أصل قاعدة الغرور.

و قال السيد الخوئي رحمه الله في تعليقته على العروة: نعم إذا كان الخياط علماً بالحال مع جهل المالك فالظاهر ثبوت الضمان... لقاعدة الغرور و ذكر السيد الإمام الخميني ان الإذن في الفرضين مبني على الكفاية فلايرفع الضمان و هو مختار صاحب العروة على تردد في الوجهِ الأول و له احتمال آخر أيضاً.

و نحن تكلمنا حول القاعدة في كتابنا المطبوع «الارض في الفقه».

٧. لو أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه إيّاه غير معمول و لا

---

١. في *المستمسك*: لكن تخلف الداعلي لايقدح في حصول الإذن كما في غيره... (ج١٢، ص٨٢).

٢. ج٢٧، ص٣٢٧.

أجر عليه، و في تضمينه إيّاه معمولاً و يدفع إليه أجره، معاملة للعمل معاملة المبيع قبل قبضه إذا أتلفه البائع،[١] فلايتوجه دعوى الانفساخ قهراً و تضمينه الثوب غيرمعمول، لانه انّما يتم بآفة سماوية لا في الإتلاف.

كل ذلك بناء على اعتبار تسلّم العمل بتسلّم العين في المعاوضة، أما على القول بالاكتفاء بايجابه في عين المالك و إن لميتسلمه المالك، اتّجه حينئذٍ ضمانه معمولاً في الفرض ضرورة كونه من صفات مال المالك، كما انه يتجه حينئذٍ المطالبة بالأجرة مع فرض التلف بآفة سماوية هكذا في *الجواهر*[٢] و في *العروة الوثقي*: إذا تلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً و استحق الأجرة المسماة، و كذا لو حمل متاعاً إلى مكان معين ثم تلف مضموناً أو أتلفه فانه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيراً، و وافقه عليه جمع من المحشين. و لعله الأرجح، فان التخيير غيرواضح الوجه.

٨. قال العلامة في محكي قواعده: لو وجب ضمان المتاع المحمول تخيّر صاحبه بين تضمينه إيّاه بقيمته في الموضع الذي سلمه و لا أجر له، و تضمينه في الموضع الذي أفسده و يعطيه الأجر إلى ذلك المكان كذلك.

و أورد عليه بانّ مقتضى القواعد استحقاق الأجير أجرته إلى ذلك الموضع و ضمانه القيمة حال التلف لا التخيير المزبور وليس هو كالمسألة السابقة الذي يكون العمل فيها في عين المالك الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها، إذ ليس العمل هنا إلا الحمل و النقل، و أما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانة في يده كما هو واضح بأدنى تأمل.[٣]

٩. صاحب الحمام لايضمن إلّا ما أودع و فرّط في حفظه أو تعدى بلا خلاف في شيء من ذلك و لا إشكال كما في *الجواهر*، بل و إن كان أجيراً أخذ الأجرة على حفظه كما هو قضية ترك الاستفصال في صحيح غياث المتقدم برقم ١٩ و اطلاق

---

١. قيل إن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف، و هو خصوصية الصفة لا تلف العين التي هي قيام المعاوضة الموجب للبطلان إذا كان قبل القبض.

٢. ج٢٧، ص٣٢٧.

٣. ج٢٧، ص٣٣١.

الخبر المذكور برقم ٤، نعم لايستحق الأجرة بعد عدم حصول العمل المستأجر عليه.

قال الفقيه اليزدي في أول الفصل الرابع من إجارة العروة الوثقى: العين المستأجرة أمانة فلايضمن تلفها أو تعيبها إلّا بالتعدي أو التفريط، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها (نه ـ ظ) فالمشهور عدم الصحة، لكن الأقوى صحته، و أولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب، لا بعنوان الضمان، و الظاهر عدم الفرق في عدم الضمان بين أن يكون التلف في أثناء المدة أو بعدها إذا لم‌يحصل منه منع المؤجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلى بينه و بينها و لم‌يتصرف بعد ذلك فيها، ثم هذا إذا كانت الاجارة صحيحة، و أمّا إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان أقواهما العدم خصوصاً إذا كان المؤجر عالماً بالبطلان حين الإقباض دون المستأجر.

أقول: في هذه المسألة مطالب:

١. اتضح مما مر عدم ضمان المستأجر من دون التعدي و التفريط و يقبل قوله بيمينه إذا أنكرهما.

٢. استدل للبطلان بانّ الشرط مخالف للشرع فان المستأجر أمين لايضمن. فالشرط لايصلح لثبوت ضمانه. و جوابه انّ عدم ضمان الأمين لعدم المقتضى. و الشرط المخالف للكتاب الذي هو باطل يختص بالشرط المخالف للحكم الاقتضائي و الا لبطل مطلق الشرط.

لايقال: عموم (على اليد ما أخذت...) شامل ليد الأمين فيكون ظاهراً في وجود مقتضي الضمان في يده، فعدم ضمانه لا بد أن يكون لمقتضى العدم.

فانه يقال انّ الخبر عامي مرسل لانقول باعتباره على ما مر في المباحث السابقة و المسلم ضمان الاستيلاء غيرالأماني ولو شك في مخالفة الشرط للكتاب نرجع إلى استصحاب عدمها استصحاباً أزلياً و هو معتبر عندنا في الموضوعات.

و استدل ثانياً على البطلان بانّه من باب شرط النتيجة، فانّ النتائج لاتقبل أن تكون مضافته إلى مالك فلاتكون شرطاً فانّ التحقيق أنّ الشرط مملوك للمشروط له فإذاً امتنع أن يكون مملوكاً.

نعم إذا كان في العهدة جاز أن يكون مملوكاً، لكنه حينئذ من قبل شرط الفعل دون النتيجة، فإذا قال بعتك داري و لك على أن أملكك فرسى كان من شـرط الفعـل و لا اشكال في جوازه.

و إذا قال: و لك على ملكية فرسي و قصد المعنى الأول كان أيضاً من شرط لفعل و كان صحيحاً.

و إذا قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليـه، كـان من شرط النتيجة و كان مورداً للاشكال المذكور من انّ النتائج إذا لم‌تكن في العهـدة لاتصلح لأن تكون طرفاً لاضافة الملكية، و كذلك سائر الأعيان التي لا وجود لها في الخارج، إذا لم‌تكن في العهدة لاتكون مملوكة أيضاً.

هذا مضافاً إلى انّ مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليـك بـين المشـروط لـه و الشرط لا جعل شرط المملوك، فان الصيغة لاتتكفله، و لايترتب عليه أثر و هذا معنى بطلانه.

نعم إذا كان مفادها مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط فمرجعه إلى انشاء شـرط النتيجة في ضمن العقد، و لا بأس به عملاً بعموم نفوذ الشرط... كمـا فـي مستمسـك السيد الأستاذ ﵀.[1]

أقول: و قد أورد بعض المؤلفين عليه بوجـوه و حكـم بصـحة شـرط النتيجـة و تفصيل البحث لايناسب المقام.[2]

الظاهر انّ هذا المؤلف ﵀ كان يأخذ بانظار أبيه سيدنا الأستاذ الخوئي ﵀ و الحـال انّه في تعليقته على العروة حكم بصحة قول المشهور و بطلان الشـرط، فقـال: و هـو الصحيح، نعم لا بأس باشتراط التدارك من ماله كما انه لا بأس باشـتراط أداء مقـدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب.

و هذا قول جمع من المعلقين لكن قال بعضهم: لم‌يتضح لي الفرق بـين الصـورتين موضوعاً و حكماً إلا في مجرد العبارة، فان أداء مقدار التلف من ماله عبـارة أخـرى

---

١. ج ١٢، ص ٧١ ـ ٧٢.

٢. لاحظ: الشروط للسيدتقي الخوئي، ج ١، ص ١٨٣ و مابعدها.

عن درك خسارته، و ليس هو مجرد شرط الفعل، بل هو حق مالي لو امتنع عن أدائـه يؤخذ منه، و لو مات يتعلق بتركتـه، و هـذا المعنـى مسـاوق للضـمان، اللّهـمّ إلا أن يشترط أداء مقدار معين على تقدير التلف لا بقدر التلف و بحساب قيمة التالف لكـن الظاهر خلافه.

أقول: سبق تصريح السيد السيستاني في أوائل هذا الكتاب بانّ الثاني ليس حكماً وضعياً متعلقاً بذمته و لايتعلق بتركته عند موته فلاحظ و تأمل.

و على كل يكفي لصحة ما في المتن إطلاق قوله تعالى «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»، سواء صـحّ قول المشهور أم لم‌يصح.

٣. و أما عدم الضمان في فرض التلف في أثناء المدة أو بعدها فهو مبني على عدم وجوب رد العين المستأجرة بعد انتهاء المدة إلى مالكها و انما اللازم التخليـة بينهـا و بين مالكها إذا أراد. و انما التسلم وظيفة المالك و لـيس علـى المسـتأجر التسـليم و حمل العين إلى مالكه، لكن صريح بعض المعلقين وجوب رد العين بعد انقضاء المـدة و هو الظاهر من الإمام الخميني حيث قال في تعليقته: إلى مدة يتعارف الرد فيها إلـى صاحبها، فإن أخّر عنها فالظاهر الضمان، إلا أن يكون تعارف في البقاء عنـده حتـى يرجع إليها صاحبها.

أقول: فالحق أن يعلق الضمان و عدمه على متعارف العرف و عدمـه فعلـى الأول دليله الأمانة المالكية و على الثاني الاستيلاء غيرالمأذون (قاعدة اليد عند المشـهور) والله العالم و مع الشك يرجع إلى استصحاب عدم الضمان و لايعارضه عموم الضـمان بعد المدة كما ذكره، السيد الحكيم و نسب عدم الضمان إلى المشهور.

٤. و أما في الإجارة الباطلة فوجه الضمان انه مقتضى ضمان الاسـتيلاء (قاعـدة اليد) بعد بطلان الإجارة و وجه عدم الضمان قاعدة ما لايضـمن بصـحيحه لايضـمن بفاسده و مجرد بطلانها شرعاً لايضر بأمانة المستأجر مع علـم المـوجر بـه و نسـب السيد الحكيم عدم الضمان إلى المشهور و هو الأظهر.

لايقال ان الائتمان مبني على الإجارة و مع بطلانها ينتفـي، فانـه يقـال انّ ظـاهر النصوص المتقدمة في عدم الضمان مع الاستيمان يشمل صورة التلـف المـؤدي إلـى

فساد العقد من أول الأمر، فتدل على عدم الضمان مع الاستيمان في العقد الفاسد أيضاً فافهم ذلك جيداً.

## تتمة

ثم ان صحة شرط الضمان التي اختارهـا المـاتن نقلـت عـن السـيد المرتضـى و الأردبيلي و السبزواري و صاحب الرياض و استظهر من الأول الإجماع لكن لا عبرة بمثل هذه الاجماعات قطعاً.

و يدل على صحة اشتراط الضمان ما تقدم برقم ٩ وغيره بل ما تقدم فـي العاريـة وغيرها فلاحظ.

١١. إذا اكترى دابة فسار عليها زيـادة عـن المشـترط، ضـمن، و الظـاهر ثبـوت الأجرة المسماة بالنسبة إلى المقدار المشترط، و أجرة المثل بالنسبة إلى الزائـد. كمـا في العروة و فيه أقوال مذكورة في *المستمسك* و حواشي العروة و ما ذكره الماتن هـو المطابق للقاعدة، لكن الظاهر من صحيحة أبي‌ولاد ثبوت أجرة المثـل بالنسـبة إلـى الجميع و بطلان الإجارة كما أشرنا في الحاشية عند نقلها فلاحظ.

١٢. إذا حمل الدابة المستأجرة أزيـد مـن المشـترط أو المقـدار المتعـارف مـع الإطلاق ضمن تلفها أو عوارها. و الظاهر ثبوت أجـرة المثـل لا المسـمى مـع عـدم التلف، لانّ العقد لم‌يقع على هذا المقدار من الحمل، نعم لو لم‌يكن ذلـك علـى وجـه التقييد، ثبت المسماة و أجرة المثل بالنسبة‌إلى الزيادة.

أقول: الظاهر انّ المسألة كسابقتها عند التأمل كما لايخفى إلّا في انّ التخلف على الأول متأخر زماناً و على الثاني مقارن مع التصرف الجائز و هذا غيرمؤثر في الحكم.

١٣. لا وجه للضمان عند منع المالك عن تصرف متعارف لم‌يشترط منعه في العقد كضرب الدابة بمقدار متعارف و لاحق للمالك في منعه خلافاً لصاحب العروة‌﵀ ومـن تبعه.

# الضمان في الهبة

أمّا الهبة المعوضة، فإن كان العوض بإزاء الموهوب ففي الصحيح و الفاسد في كليهما، بالضمان لأن المالك لم‌يقدم على الاعطاء مجاناً فلا مخصص لعموم على اليد.

و إن كان العوض بإزاء هبة الآخر الشيء الفلاني بمعنى انّه هبة بإزاء هبة، لا الموهوب بإزاء الموهوب فلا ضمان لا في الصحيح و لا في الفاسد لانّه لم‌يقصد باعطائه المال الموهوب و التعويض فهو في الحقيقة يرجع إلى انّه اعطاء مجاناً و بلا عوض غاية الأمر اشترط عليه أن يهبه الشيء الفلاني، فإن لم‌يفعل يكون للواهب خيار تخلف الشرط.[1]

---

١. لاحظ: *القواعد الفقهية*، ج ٢، ص ١٠١.

# الضمان في السبق

٣. في صحيح عقد السبق والنهاية ضمان فليكن في فاسدها أيضاً ضـمان لايقـال ليس هنا استيلاء موجب للضمان. فانه يقال: الضمان مستند إلى قاعدة احترام عمـل المسلم، حيث ان هذا العمل صدر منه بسبب التزام الطرف باعطاء السبق لو كان سابقاً فعمله محرم نعم فساد العقد ينفي استحقاق المسمى لكن يستحق أجرة المثل لعمله.

# فائدة مهمّة

قال الفقيه المتتبع اليزدي في أول مسائل المضاربة:

إذا كان عنده مال المضاربة فمات، فان علم بعينــه فـلا إشـكال[١] و إلّا فـإن علـم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك. و يكون المالك شريكاً مـع الورثـة بالنسبة[٢] و يقدم علي الغرماء إن كان الميت مديوناً، لوجود عين ماله فـي التركـة[٣] و ان علم بعدم وجوده في تركته و لا في يده، و لم‌يعلم انه تلـف بتفـريط أو بغيـره أورده على المالك، فالظاهر عدم ضمانه[٤] و كون جميع تركته للورثة، و ان كـان لايخلـو عـن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية.[٥]

و أما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت و لم‌يعلم انه موجود في تركته الموجـودة أولا ـ بأن كان مدفوناً في مكان غيرمعلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك ـ أو علـم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده ـ بحيث لو كان حيـاً أمكنـه الايصـال إلـى المالك ـ أو شك في بقائه في يده و عدمه أيضاً، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه، و كلمات العلماء في المقام و أمثاله كالرهن و الوديعة و نحوهما ـ مختلفة[٦] و الأقوى الضمان في الصورتين الأوليتين لعموم قولهﷺ: على اليد مـا أخذت حتى تؤدي[٧] حيث ان الأظهر شموله للأمانات أيضاً. و دعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها. مدفوعة: بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور منها كمـا إذا تلفـت بـلا تفريط او إدعى تلفها كذلك[٨] إذا حلف. و اما صورة التفريط و الاتلاف و دعـوى الـرد فـي

**غيرالوديعة[٩] و دعوى التلف و النكول عن الحلف[١٠] فهي باقية تحت العموم.[١١]**

**و دعوى: ان الضمان في صورة التقريط و التعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة[١٢] أو من جهة الدليل الخارجي كما ترى لا داعي إليها.**

**و يمكن أن يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة[١٣] بدعوى ان الرد أعم من رد العين و رد البدل[١٤] و أختصاصه بالأول ممنوع، ألا ترى انه يفهم من قولهﷺ: المغصوب مردود[١٥] وجوب عوضه عند تلفه[١٦] هذا مضافاً إلى خبر السكوني عن عليﷺ انه كان يقول: من يموت و عنده مال مضاربة، قال: ان سمّاه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم‌يذكر فهو أسوة الغرماء.[١٧]**

**و اما الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضاً لايخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعده الموت[١٨] و اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة[١٩] و إذا لم‌يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته.**

**و دعوى أن الأصل المذكور معارض بأصالة برأة ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته، مدفوعة بانّ الأصل الأول حاكم على الثاني[٢٠] هذا مع انه يمكن الخدشة في قاعدة اليد: بانها مقتضية لملكيته إذا كانت مختصة[٢١] و في المقام كانت مشتركة و الأصل بقاؤها على الاشتراك.[٢٢] بل في بعض الصور يمكن أن يقال أن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له.[٢٣] كما إذا لم‌يكن له شيء أصلاً، فأخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم‌يكن في يده سوى مال المضاربة، فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، و ان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال[٢٤] و انه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده. و في بعض الصور يده مشتركة بنه و بين المالك. كما إذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار و من ماله أيضاً مقدار نعم في بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل.[٢٥]**

**ثم ان جميع ما ذكر انما هو إذا لم‌يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً و الا فلا اشكال في ضمانه.[٢٦] إنتهى**

في ما أفادهﷺ مطالب تحتاج إلى بحث أو توضيح:

(١) فان المالك أحق بماله من غيره سواء كان وارثاً أو غريماً أو شريكاً، و في *الجواهر*[١] إذا مات و في يده أموال مضاربة لمتعددين (فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به): بلا خلاف و لا إشكال.

أقول: و ان شك في نقله منه بناقل شرعي، فاستصحاب بقائه على ملكه كاف.

(٢) في *الجواهر* بعد كلامه السابق: (و إن جهل) مال كل واحد منهم بخصوصه (كانوا فيه سواء) بمعنى انه يقسم بينهم على نسبة أموالهم، كما في إقتسام غيرهم من الشركاء و عن *الحدائق* نسبته إلى الأصحاب.[٢]

في *الجواهر* بعد كلامه السابق: هذا إن كانت مجتمعة على حدة، أمّا إذا كانت في ماله ففي المسالك ان الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك إن وسعت أموالهم أخذوها و إلّا تحاصوا، و لاحظ البحث حول التحاص فيها.[٣]

و في *المستمسك*: و يظهر من الجميع ان الاشتباه في المقام يقتضي الاشتراك حتي معد عدم الامتزاج، و هو غير ظاهر بل بشكل حتى مع العلم إذا عرف بعينه، و كذا إذا اشتبه بغيره، فانه لا دليل على هذا الاشتراك.[٤]

أقول: و الخلاصة أن اشتباه مال بمال، ليس من أسباب الشركة الواقعية القهرية و الاختيارية و لا من سائر أقسامها، و ربما يظهر المنافاة بين هذا الكلام و كلام الماتن في أول كتاب الشركة و اما الاختلاط مع التمييز فلايوجب الشركة ولو ظاهراً، إذ مع الاشتباه، مرجعه الى الصلح القهري أو القرعة.

أقول: و الظاهر ان مراد صاحب العروة غير هذا الفرض لبعد الغفلة عن مثله من مثله و لايبعد أن يقال ان المعيار في الشركة الواقعية في مثل الامتزاج هو رفع الامتياز واقعاً بحسب نظر العرف المسامحي فمزج الحبوب الصغيرة و الجامدات

---

١. ج ٢٦، ص ٤٠٥.

٢. مستمسك *العروة*، ج ١٢، ص ٤١٨.

٣. *الجواهر*، ج ٢٦، ص ٤٠٦.

٤. مستمسك *العروة*، ج ١٢، ص ٤١٨.

الناعمة كدقيق الحبوب في الجملة من الشركة الواقعية القهرية أو الاختيارية دون الظاهرية. و منها مزج الجوز و الدرهم و الدينار بمثله و ان كان صدق المزج على مثلها غيرواضح لكنه يكتفي عند العرف للشركة، بل قيل لامعنى للشركه الظاهرية مع عدم الشركة الواقعية. فتأمّل.

و اما الاستدلال عليه بخبر السكوني فهو ضعيف، لضعف الخير سنداً بالنوفلي على الأقوى بل و بالسكوني على الأرجح، و دلالة بما ذكره السيد الأستاذ.[١]

و جماعة من المعلقين علي العروة أيضاً أنكروا الشركة و ان اختلفوا في قيود الشركة ظاهراً. فحكم المقام ـ وهو اشتباه المالين ـ إما الصلح أو التقسيم بحسب نسبة المالين أو القرعة[٢] فلاحظ.

(٣) لأحقية المالك بعين ماله.

(٤) لأصالة البراءة عن الضمان، و هل للمالك إحلاف ورثة العامل بعدم علمهم بإتلاف موروثهم أو تعديه أو تقصيره؟ فيه وجهان الأرجح الأوّل.

و في *الجواهر*[٣] عند قول الماتن: (و إن جهل كونه) أي ما في يد الميت (مضاربة): لاحتمال: التلف أو غيره (قضى به ميراثا) عند المصنف و ثاني الشهيدين و سيد الرياض قضاء لحكم اليد، بل لا ضمان عليه للمضاربة لأصالة البراءة. و كونه أمانة لا بضمنها إلا مع التعدي أو التفريط و لم‌يثبت. و أصالة بقاء المال لايقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة، بل و لا في تركته. و عدم الوصية أعم من اقتضاء الضمان، إذ لعله تلف من غير تفريط.

(٥) لعموم قوله صلی الله علیه و آله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي للمقام، و العامل لموته لاينكر الإفراط و التقصير في التلف، فلا مخرج له عن العموم.[٤]

---

١. *المصدر*.

٢. و قد ذكر اقسام الشركة مفصلة في العروة بعد كتاب المضاربة فلاحظ.

٣. ج ٢٦، ص٤٠٧.

٤. لم‌يشر أحد إلى أصالة الصحة في فعل العامل في زمان حياته.

لكن يرد عليه أولاً: أنّ الخبر عامي مرسل و لانقول بالاجبار، فهو غير حجة، و عليه فلا عموم بدل ضمان العامل في المقام فان المتيقن من ضمان الاستيلاء (ضمان اليد عند المشهور) هو ضمان اليد الخائنة أو اليد الغيرالمأذونة من المالك، كما هو المستفاد من بعض الروايات المتقدمة لا مطلق اليد حتى يحتاج المقام إلى المخرج منه. و ثانياً: انّه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. لكن الماتن قائل به كما صرح به في باب الربا من *العروة الوثقى* (ج ٢، ص ٣).

و ثالثاً: ان الخبر مع فرض اعتباره سنداً، لا عموم له و الا لزم تخصيص الأكثر لخروج المرتهن و المستعير و المستودع و الأجير على عمل في العين و المستأجر للعين لاستيفاء منافعها و الملتقط و الوصي و الولي و الشريك و عامل المضاربة و المزارعة و الجعالة و المساقاة إلى غير ذلك، قيد غيرالأمين مختصة بالغاصب، فانّ يد القابض بالسوم أيضاً عندنا غيرضامنة، و تخصيص الأكثر مستهجن و لأجل هذا التخصيص الأكثر[1] قال سيدنا الحكيم بلزوم ارادة اليد المبنية على الرد من اليد و لايشمل اليد المبنية على الابقاء و ترك الأداء فلايشمل يد العامل الأمين في المقام، فيرجع إلى أصالة البراءة من الضمان.[2]

و رابعاً: ان دلالة الخبر على الضمان غيرواضحة و قد ذكرناه في ما سبق على ما أظن فان مفروضه بقاء العين و لزوم ردها فقط.

ولو اغمض عن هذه الايرادات فلا بد من القول بالضمان و لا معنى للتوقف و الاشكال كما عن الماتن كما قال بالضمان في الصور الآتية.

(٦) المشهور كما عن *المسالك* الضمان و اخراج حق المالك من أصل التركة لما ذكره الماتن من خبر على اليد.

(٧) عرفت ضعف الخبر سنداً و دلالة انفاً، فلا عموم يثبت الضمان.

---

١. لا فرق عندي بين تخصيص الأكثر والتخصيص الاكثر في القبح خلافاً لبعض العظماء من الأصوليين.

٢. *المستمسك*، ج ١٢، ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

(٨) عرفت اعتراض السيد الحكيم بانّه من تخصيص الأكثر.

(٩) و امّا دعوى الرد في الوديعة فهي تكفى لنفي الضمان و هي مسموعة و لايحتاج إلى اقامة البينة كما في سائر العقود و دليله الإجماع في خصوص الوديعة، لكن الاعتماد على مثله مشكل والله العالم. و الأحوط التصالح إلا أن يتمسك بقوله تعالى «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ» فان الرد عن الودعي محسن. لكن مر الاشكال في دلالة الآية على نفي الضمان. نعم في الروايات كفاية.

(١٠) في *المستمسك*: ثبوت الضمان في هذه الصورة لأجل تحقق الخيانة و لكنه غيرظاهر لجواز أن يكون التورع عن اليمين، كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه في دعوى التلف فلمتحرز الخيانة.

(١١) ظهر مما قلناه آنفاً أنّ بقاءها تحت العموم بتوقف على تحقق الخيانة و هو غير ثابت، فالضمان يكون بحكم الحاكم في مقام حسم النزاع، فلايكون حكماً واقعياً. بل هو ظاهري و ليس مما نحن فيه. على انك عرفت انه لا عموم يبقى تحته هذه الافراد، و لكل منها وجه خاص للضمان.

(١٢) وفيه أولاً انه لا حاجة بعد ضعف الخبر إلى ذكر هذه الدعوى و نفيها و ثانياً انّها مقبولة فان المالك، ائتمن على عين ماله العامل الأمين ففوض إليه ولاية الحفظ فإذا صار بصدد إتلافه فقد خانه فلايبقى معه الإذن في البقاء وقد تقدم ان موضوع الضمان هو اليد غيرالمأذونة في البقاء، اما بعموم الخبر و إما ببناء العقلاء المعتضد بروايات متعددة متقدمة لا سيما في بابي الوديعة و المضاربة، وقد عبرنا عنه فيما سبق بضمان الاستيلاء مكان ضمان اليد بعد عدم اعتبار الخبر المذكور. و على فرض اعتباره فالخارج من عمومه الأمين غير الخائن و اما الخائن فهو داخل تحت العموم لكن لا لأجل ما زعمه الماتن من عموم اليد للأمانات، بل لانّ الأمانات الخارجة موضوعاً عن عموم على اليد مختصة بغير الخيانة كما ذكره السيد الأستاذ الحكيم أيضاً.

(١٣) وجوب رد الأمانات حكم تكليفي لايستتبع ضماناً في الذمة، حتى يتعين ذلك الحق بالتركة. كما ذكره غير واحد معترضين على الماتن. و هو مختص بصورة

مطالبة المالك و لم‌تتحقق في حق العامل أيّام حياته، و الورثة لم‌يتعلق بهم الحكم لانّهم غير مؤتمنين للمالك كما قيل.

(١٤) غيرواضح استفادة ذلك من قوله تعالى: «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا» مثلاً.

(١٥) الخبر مرسل و مجهول أخرجه *الكافي* و نقله في *الوسائل* في كتاب الأنفال و كتاب الغصب و لفظ الحديث: لان الغصب كله مردود، و نقله في *الجواهر* مكرراً باشتباه في بعض ألفاظه.

(١٦) و فيه أنّ لهم البدل من جهة ما دل على ضمان المغصوب لا من جهة وجوب رده.

(١٧) لكن الخبر لايتمسك به لضعفه كما مر.

فرع: إذا علم ببقاء العين في يد الميت وعلم أيضاً بعدم ردها إلى مالكها و بعدم تلفها و إتلافها قبل موته، فهل يحكم بضمان العامل الأمين؟ يمكن أن يقال به، لانّه قصر في بيان محلها َو انّها عند فلان. و اما إحتمال استناد سكوته إلى النسيان فيمكن أن يدفع باصالة عدمه كما هي المعتمدة في جميع معاملاته و أفعاله عند العقلاء.

و يمكن أن يقال بعدم الضمان إذا احتمل في حقه عدم القدرة على الاشهاد أو الوصية كما إذا مات أو قتل فجأة و دفعة، فان الضمان مترتب على الخيانة و لم‌تثبت.

فوجود العين لايوجب ضمان العامل حين موته حتى يجب على الورثة دفعها من جهة وجوب أداء ديونه.

فلايبقي وجه للضمان و لزوم أداء المال من التركة سوى دعوى فهم ذلك من مذاق المتشرعة الحاكي عن مذاق الشارع، أو يقال ان المراد من ذكر الدين و الوصية (من بعد وصية توصي بها أو دين) رد مطلق مال الغير و ان لم‌يكن بدين. فلاحظ و تأمل.

(١٨) يظهر ضعف استدلاله مما مر بطريق أولى، فإذا لم‌يثبت ضمانه من الأدلة ففي العلم ببقاء المال في يده، لايثبت ذلك في فرض الشك فيه لا محالة. على انّ عموم الخبر ان سلّم فلا حاجة معه إلى اصالة بقاء المال في يده.

(١٩) الظاهر انه يشير إلى عموم ما دل على وجوب رد الأمانة. و قد عرفت إشكاله. و لاحظ بقية ما في المقام في *المستمسك*.[1]

(٢٠) فان الأول موضوعي و الثاني حكمي و تعليقي أيضاً أي معلّق على وجوب المطالبة و جريانه مختلف فيه عند أهل النظر، و أما إذا أريد بالثاني أصالة البرائة دون استصحاب عدم الضمان فالأمر أوضح، لانه لا مجرى لها مع الاستصحاب. لكن تقدم ان الأصل الأول لا أثر له فلا يجري لانّ الضمان لايترتب على العلم ببقاء الماء عنده فضلاً عن الشك فيه.

(٢١) لعله أراد الاختصاص غالباً أو دائماً فلا إيراد عليه ظاهراً.

(٢٢) و(٢٣) كل ذلك بنظري خارج عن محل البحث، فإنّ العين غيرمخلوطة مع تركته على الفرض لو بالشك في الاختلاط لاستصحاب عدمه.

(٢٤) في *المستمسك*[2] لكن ذلك خلاف عموم دليل حجة اليد و خلاف المرتكزات العقلائية. و أظهر منه ما لو علم بتبدل العين التي كانت للمالك بعين اخرى كما إذا كانت بيده دراهم فمات فوجد دنانير، فانه لا مجال للحكم بانها ملك المالك. نعم مع وحدة عين المال يحكم بكونه للمال، لاستصحاب كون اليد أمينة و كون العين لمالكها و كذا في العين المغصوبة، فالغاصب إذا مات و بيده العين التي قد غصبها إذا احتمل انه قد ملكها بعد الغصب لايحكم بملكيتها له، بل يحكم بملكيتها لمالكها لعدم الدليل على حجية اليد على الملكية في المقام فيتعين الروج إلى الأصول... .

أقول: ما ذكره في الصورتين الأوليين محل بحث و اما في فرض العلم بالتبدل فما ذكره لا بأس به و كذا لابأس بجريان الاستصحاب في الموردين.

(٢٥) و إذا شك الطلاب في انّ ما أعطاهم المراجع من الرواتب من مالهم الشخصي لا من سهم الامامؑ يشكل البناء على الأول لقاعدة اليد و كذا في أموال السراق و المرتشين الذين غالب أموالهم من الخيانة و الحرام.

---

١. ج١٢، ص ٤٢٥.

٢. *المصدر*، ص٤٢٧.

(٢٦) للخيانة والله اعلم.

واعلم ان هذه المسألة غيرمختصة بباب المضاربة، بل هي ضابطة كلية في جملة من العقود و الموارد و لذا ذكرناها بطولها.

و اما ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد و أقسامها، فهو مذكور في كتابنا *الارض في الفقه*، ص ٢٩٠ ـ٢٩٣.

## تنبيه

ببالي انّي ذكرت في هذا الكتاب أو كتاب آخر انّ منافع الحر في الجملة مضمونة و اليك كلام للسيد الأستاذ الحكيم ذكره في شرح متن العروة: (و لاتعد منافعه ـ اي الحر ـ من أمواله خصوصاً إذا لم‌يكن كسوباً).

لان منافع الحر و ان كانت أموالاً، و يصح بذل المال بإزائها لكنها ليست مملوكة له، لان الملكية تتوقف على الاثنينية، و لا اثنينية بينه و بين نفسه، فإذا لم‌يملك نفسه لم‌يملك منافعه، لانها تابعة للعين، إذ لا وجود لها خارجي، و إنما منشأ اعتبارها العين، فإذا لم‌تكن مملوكة لنفسه لم‌تكن المنافع مملوكة، و لذا لاتكون من أمواله.[1]

أقول: يشكل قبول هذا الادعاء و ان ملكية المنافع تابعة لملكية العين، و منافع الحر مملوكة له ملكية تكوينية، و العرف لأجلها يرونها مملوكة له بالملكية الاعتبارية. ويمكن أن يقال انّ ضمان المنافع ثابت عند العرف و ان لم‌تكن مملوكة له و لا مورداً لحقه.

و لم‌يردع عنه الشرع فكان ممضى عنده، و لذا اعترف سيدنا الأستاذ﵀ في درسه و في كتابه القيم *مستمسك العروة الوثقى* بانّ من استوفى عمل غيره فهو له ضامن و جعله قاعدة. و عليه: فمن منع حراً من عمله فهو ضامن له، فعليه أجرة المثل للعمل الممنوع والله أعلم.

---

١. *المستمسك*، ج١٢، ص١١ـ١٢.

# الضمان في جملة من الموارد

**الف) كتاب الوديعة**

١. لايجوز تسليم ما يودعه الصبي من أمواله و أموال غيره بدون إذن مالكه، فان تسلّمه الودعي ضمنه، و وجب ردّ مال الطفل إلى وليه و رد مال الغير إلى مالكه.

نعم لو خيف على ما في يد الطفل من التلف و الهلاك جاز أخذه منه حسبه و وجب رده إلى الولي و المالك و لايضمنه الأخذ حينئذ من دون تعد أو تفريط.

و ذلك فان الضمان في الأوّل بعد عدم العبرة برضي الطفل لقاعدة الاستيلاء و وجوب الرد إلى الولي أو المالك أيضاً مدلل، لا إشكال فيه كما ذكرناه في الجزء الثالث من *حدود الشريعة*.

كما ان عدم الضمان في الذيل مستند إلى أصالةالبراءة، بل إلى نفي السبيل على المحسن.

٢. قيل: إذا أودع عند الصبي أو المجنون مالاً لم‌يضمناه بالتلف، بل ولا بالإتلاف إذا لم‌يكونا مميزين و إلّا ضمناه بالاتلاف، و لايضمنان بمجرد القبض، و في ضمانهما بالتفريط و الاهمال إشكال و الأظهر عدم الضمان.[1]

أقول: أمّا عدم ضمانهما بقاعدة اليد (الاستيلاء) كما في صدر المسألة و ذيلها

---

١. *منهاج الصالحين*، ج ٢، ص١٩٣، ط ٢، للسيد السيستاني، المسألة ٦٨٨ ـ ٦٨٩.

فلعدم دليل لفظي يثبت الضمان بإطلاقه أو عمومه عليهما، و المتيقن من القاعدة ضمان غيرهما. ولو سلم كون جملة «على اليد ما اخذت حتي تؤدي» حديثاً فالمنصرف منه غيرهما. على ان الودعى ـ حتى إذا كان مكلفا ـ لايضمن بمجرد تلف الوديعة لمكان أمانته[1] أو لما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده.

و أما قاعدة الإتلاف فلإنصرافهما عن شمول مثلهما إذا كانا غيرمميزين، و امّا مع التمييز فلامكان القول بشمولهما لها لكنه غيرواضح.

و اما عدم استلزام اهمال المميز و تفريطه في الضمان لما عرفت من قصور قاعدة الاستيلاء فلاتمنع من الرجوع إلى البراءة بعد إقدام المالك على التسليم فتأمل.[2]

٣. و قيل: لو نوى التصرف في الوديعة و لم‌يتصرف فيها لم‌يضمن بمجرد النية، نعم لو نوى الغصبية بأن قصد الاستيلاء عليها و التغلب على مالكها كسائر الغاصبين ضمنها لصيرورة يده يد عدوان بعد ما كانت يد استئمان، ولو رجع عن قصده فلايبعد زوال المضمان، و اما لو جحد الوديعة أو طلبت منه فامتنع من الرد من التمكن عقلاً و شرعاً ضمنها بمجرد ذلك و لم‌يبرأ من الضمان لو عدل من جحوده أو إمتناعه.

أقول: لا دليل على الضمان بمجرد نية التصرف و الأصل عدمه، و امّا الضمان بنيّته الغصبية فلانها تحقق موضوع الضمان كما أشار إليه هذا القائل ـ دام توفيقه ـ و منه يظهر ان التصرف المنوي إذا كان من قبيل الأكل أو الشرب المستلزم لتلف الوديعة كان بمنزلة نية الغصبية ظاهراً. و بالجملة الفرق بين النيتين ـ نية التصرف و نية الغصبية ـ لايخلو عن خفاء في جملة من الموارد.

و أمّا الرجوع عن القصد ففي زوال الضمان و بقائه معه وجهان من انتفاء موضوع

---

١. في صحيح الحلبي بطريق الصدوق (ب ٤ من أحكام الوديعة) عن أبي‌عبدالله عليه السلام: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان. و قال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: هو مؤتمن. أقول: الرواية تدل على ان المؤتمن مطلقا لايضمن.

٢. و ذهب السيد الأستاذ الخوئي في منهاجه (ج٢، ص١٨٠) إلى الضمان.

الضمان و من زوال الاستيلاء الأماني الأوّل و عدم إبداع جديد من قبل المالك و استصحاب الضمان، كما في فرض الامتناع و الجحد.

٤. لو كانت الوديعة في كيس مختوم أو ما بحكمه ففتحه و أخذ بعضها ضمن الجميع، بل المتجه الضمان بمجرد الفتح، و اما لو لم‌تكن كذلك فأخذ بعضها، فإن كان من قصده الاقتصار عليه فالظاهر قصر الضمان على المأخوذ ذون ما بقي، و اما لو كان من قصده عدم الاقتصار بل أخذ التمام شيئاً فشيئاً. فلايبعد أن يكون ضامناً للجميع.[1]

فالعمدة في الضمان وعدمه صدق الاستيلاء العدواني و عدمه عرفاً، و لذا لو أودعه كيسين فتصرف في أحدهما ضمنه دون الآخر.

٥. إذا فرّط في الوديعة ثمّ رجع عن تفريطه، بأن جعلها في الحرز المضبوط و قام بما يوجب حفظها أو تعدى ثم رجع، كما إذا ليس الثوب ثم نزعه فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان متقدمان في الرجوع عن القصد و قيل الأوجه هو الاحتمال الثاني.

٦. لو فسخ الودعي الوديعة وجب عليه أن يوصل المال فوراً إلى صاحبه أو وكيله أو وليه أو يخبره بذلك، و إذا لم‌يفعل من دون عذر شرعي و تلف فهو ضامن بناء على انّ مطلق الاستيلاء موجب للضمان دون الاستيلاء العدواني فقط، إلّا أن يقال انّ عدم الاخيار مع إبقاء المال عنده يكون استيلاء عدوانياً. و قد ذكرنا أقسام الاستيلاء و أحكامها فيما سبق.

٧. قال السيد الأستاذ الخوئي في منهاجه:[2] ولو جهل المالك عرف بها الودعي، فإن لم‌يعرفه تصدق بها عنه. فإن وجد و لم‌يرضي بذلك فالأظهر عدم الضمان. ولو أجبره الغاصب على أخذها منه لم‌يضمن.

---

١. *المصدر*، ص ٢٠٠.

٢. *المصدر*، ص ١٨٠.

### ب) كتاب العارية

٨. تصح الاعارة للرهن، و إذا لميفك الراهن الرهن فباعه المرتهن ضمنه المستعير لمالكه بما بيع به لو بيع بالقيمة، أو بالاكثر و بقيمته تامة لو بيع بالأقل من قيمته، وفي ضمان الراهن العين لو تلفت بغير فك إشكال، و استظهر بعضهم عدم الضمان إلّا مع اشتراطه. لكن لو استند التلف إلى عدم فكه و كان عدم الفك تقصيراً لايبعد الضمان.

٩. العارية أمانة بيد المستعير لايضمنها لو تلفت، إلّا بالتعدي أو التفريط، نعم لو شرط الضمان ضمنها و إن لميكن تعد و تفريط. نعم إذا كانت العين المعارة ذهباً أو فضة ضمنها إلا إذا اشترط عدم ضمانها و ذلك لصحيح زرارة و غيره.[١]

### ج) كتاب الاجارة

١٠. العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر في مدة الإجارة لا يضمنها إذا تلفت أو تعيبت إلّا بالتعديَ و التفريط و إذا اشترط الموجر ضمانها بدونهما لايبعد الضمان.

و قيل: إذا كان الضمان بمعنى أداء قيمتها أو أرش عيبها صحّ، و اما بمعنى اشتغال الذمة بمثلها أو قيمتها فالظاهر عدم صحة اشتراطه. و لانفهم له وجهاً متيناً.

ثم الظاهر انه لا ضمان في الإجارة الباطلة إذا تلفت العين أو تعيبت لقاعدة ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده.

و منه يظهر حكم الضمان في العين التي للمستأجر بيد الأجير الذي أجر نفسه على عمل فيها كالثوب الذي أخذه ليخيطه، بلا فرق.

١١. كل من أجر نفسه لعمل في مال غيره إذا أفسد المال ضمنه و ان كان بغير قصده بل و ان كان أستاذاً ماهراً و قد أعمل كمال النظر و الدقة.

لكن إذا تبرئ العامل من الضمان و قبل صاحب المال لايبعد عدم الضمان.

---

١. *الوسائل*، ب ٢ من أحكام العارية.

## د) كتاب الجعالة

١٢. إذا أخبره مخبر بأن فلاناً قال (من رد دابتي فله كذا) فردها على إخباره مع انه لم‌يقله، لم‌يستحق شيئاً لا على صاحب الدابة و لا على المخبر الكاذب، نعم لو كان قوله حجة شرعية كالبينة أو اوجب الاطمينان لديه لايبعد ضمانه أجرة مثل عمله لقاعدة الغرور و لاحظ كتابنا «الارض في الفقه» إذ فيه تفصيل حول القاعدة المذكورة.

## ه) كتاب اللقطة

١٣. لو رأى مالاً ضائعاً فنحاه من جانب إلى آخر من دون أخذه ضمنه، ولو دفعه برجله أو عصاه مثلاً ليتعرفه فالظاهر عدم الضمان كما قيل.

أقول: لم‌يفهم وجه الفرق بين الفرضين بعد ضعف (على اليد ما أخذت...) والعمدة في الضمان صدق الاستيلاء عرفاً و عدمه.

١٤. إذا تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المثل أو القيمة و ليس له الرجوع بالعين إن كانت موجودة، و لا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل أو القيمة إن كانت مفقودة.

أقول: يدل على الغرم بعض الروايات غير المعتبرة سنداً على الأظهر و لم‌أجد عاجلاً خبراً يعتبر سنده. و في معتبرة حنان عن أبي‌عبدالله‌عليه‌السلام... تعرفها سنة فان وجدت صاحبها و قال: خبّره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها.[1]

و هي لاتشمل المقام لأجل ذيلها. و امّا عدم الرجوع بالعين فلعله لأجل مانعية الصدقة عنه. و فيه تأمل[2] نعم يمكن منع رجوع الملتقط إلى عين الصدقة إن بقيت في

---

١. *الوسائل*، باب ٢، ح ٥ من كتاب اللقطة.

٢. فانّ ما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة لايشمل المقام فلاحظ الباب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات (*الوسائل*، ج١٣، ص ٣١٦ وما بعدها).

يد الفقير الإطلاق ما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة و قال السيد الخوئي وغيره كما في *الجواهر* ان واجد اللقطة يتخير بين أمور ثلاثة: تملكها مع الضمان، و التصدق بها مع الضمان و إيقائها أمانة في يده بلا ضمان[1] و لاحظ المطولات في وجهه حتى و إن رجع المالك عليه ببدلها.

## و) كتاب الكفالة

١٥. من خلى غريماً من يد صاحبه قهراً أو حيلة ضمن احضاره أو أداء ما عليه من الحق، إن كان قابلاً للأداء كالدين. ولو خلّي القاتل عمداً من يد ولي الدم لزمه إحضاره و يحبس لو امتنع عن ذلك، فان تعذر الاحضار لموت أو غيره دفع إليه الدية.

أما المسألة الاولى فهو مذهب جمع، بل عن الرياض نفي الخلاف فيه و عن بعضهم الاجماع عليه و استدل عليه في *الجواهر*[2] بأمور غير قوية، و يمكن الاستدلال عليه بقاعدة العدل. و اما المسألة الاخيرة فبدل عليها، في الجملة صحيح حريز عن الصادق عليه السلام[3] و لاحظ في الجواهر.[4]

و قال جمع: للمكفول عليه حبس الكفيل ان امتنع عن إخطار المكفول عنه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه و يدل عليه في الحبس رواية عمار و غياث.[5] لكنهما لمكان الاشتراك و الجهالة غير ثقتين.

١٦. و في معتبرة البقباق عن أبي‌عبدالله عليه السلام: رجل كفل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلّا عليك خمسمأة درهم. قال: عليه نفسه و لا شيء عليه من الدراهم.

---

١. *مباني تكملة المنهاج*، ج٢، ص١٩٠.

٢. ج ٢٦، ص١٩٨.

٣. *الوسائل*، كتاب الكفالة الباب ١٥، ج١٨، ص٤٣٧.

٤. ج ٢٦، ص١٩٩.

٥. *الوسائل*، ب٩، ص٤٣٠.

فإن قال: على خمسمائة درهم إن لم‌دفعه إليه، قال: تلزمه الدراهم إن لم‌يدفعه إليه (كتاب الضمان من الوسائل ب ١٠) و قريب منه رواية أخرى له في ذلك.

و لاحظ ما قيل حولهما في هامش *الوسائل* و في *الجواهر*.[١]

## ز) ضمان التدليس

١٧. إذا فسخ الرجل النكاح بأحد العيوب بعد تبين الحال له عقيب الدخول فإن كان المدلس نفس المرأة لم‌تستحق المهر و يستعيد إذا دفعه إليها. و ان كان المدلس غيرها فالمهر المسمى يستقر على الزوج بالدخول و لكن يحق له بعد دفعه إليها أن يرجع المدلس، كما قيل.

و لاحظ تفصيل بحثه في بحث التدليس.[٢]

## ح) ضمان التزويج

١٨. إذا زوج الأب أو الجد صغيراً، فإن لم‌يكن له مال حين العقد كان المهر على من زوّجه، و ان كان له مال، فإن ضمنه من زوجه كان عليه أيضاً و إن لم‌يضمنه فهو في مال الطفل إجماعاً و نصاً.[٣]

## ط) ضمان السحق

١٩. إذا وطيء الرجل زوجته فساحقت بكراً فحملت يلحق الولد بصاحب النطفة كما يلحق بالبكر، و تستحق الزوجة الرجم، و البكر الجلد. و على الزوجة مهر البكر إذا ذهبت بكارتها بالولادة. كما قيل.

---

١. *الوسائل*، ج١٨، ص٤٣٢ و *الجواهر*، ج ٢٦، ص١٩١.

٢. *الجواهر*، ج٣٠، ص٣٦٢ و بعدها.

٣. *المصدر*، ج٣١، ص ١٢٥ و *الوسائل*، ب٢٨ من أبواب المهور.

لاحظ مادل عليه من حديث محمدبن‌مسلم عن الصادق‌ عليه السلام و يؤيده غيره[١] و ليس فيه الحاق الولد بالبكر لكنه لا إشكال فيه ظاهراً.

و في هذا الحديث بحث لاحظ *الجواهر*[٢] و كتابنا *حدود الشريعة*. في مادة السحق.

و إذا ماتت البكر قبل الولادة ففيه ضمان المرأة مهر البكر بحث، لايبعد عدم الضمان.

## ی) ضمان الزواج بعد الزفاف

٢٠. تتعلق نفقة الزوجة على ذمة زوجها بعد الزفاف مع توفر ساير الشروط. و اما قبله و بعد العقد فلا دليل قوي على تعلقها بها، بل السيرة تنفيه.

## ك) ضمان الاستدانة بأمر الحاكم

٢١. لاتقضي و لاتتدارك نفقة الأقارب لو فاتت في وقتها و زمانها ولو بتقصير من المنفق و لاتستقر في ذمته، بخلاف نفقة الزوجة، نعم لو اخل بالاتفاق الواجب عليه و رفع من له الحق أمره إلى الحاكم الشرعي فإذن له في الاستدانة عليه، ففعل اشتغلت ذمته بما استدانه و وجب عليه أداؤه.

لاحظ كتابنا: *حدود الشريعة* في ذلك. و اما الاستدراك الأخير فله وجه غيربعيد.

## ل) ضمان الوطء

٢٢. لو وطأ امرأة شبهة، كان لها مهر المثل، سواء كان الوطء بعقد باطل أو بلا عقد[٣] لما فصل في محله.

٢٣. قال السيد الأستاذ الخوئي في منهاجه[٤] يصح ضمان الاعيان الخارجية بمعنى

---

١. *الوسائل*، ج٢٨، ص١٦٨ و ما بعده، ب٣ من أبواب حد السحق.

٢. ج٤١، ص٣٩٧ـ٣٩٨.

٣. *مباني تكملة المنهاج*، ج٢، ص٣٨١.

٤. *المصدر*، ص٢٥٨.

كون العين في عهدة الضامن فعلاً و أثر ذلك وجوب ردها مع بقاء العين المضمونة ورد بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها. و من هذا القبيل ضمان شخص عهدة الثمن للمشتري إذا ظهر المبيع مستحقة للغير أو ظهر بطلان البيع من جهة أخرى.

و الضابط ان الضمان في الأعيان الخارجية بمعنى التعهد لا بمعنى الثبوت في الذمة، فهو قسم آخر من الضمان.

أقول: تقدم الكلام حوله في المطالب المذكورة في هذا الكتاب.

## فوائد

١. كيفية الأرش أن يقوّم الشيء صحيحاً ثم يقوّم معيباً، و تلاحظ النسبة بينهما ثمّ ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة، فإذا قوّم صحيحاً بثمانية و معيباً بأربعة و كان الثمن أربعة ينقص من الثمن، النصف و هو اثنان، و هكذا، و يرجع في معرفة قيمة الصحيح و المعيب إلى ثقات أهل الخبرة. و إذا اختلف أهل الخبرة في قيمتهما، فان اتفقت النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب على تقويم بعضهم مع النسبة بينهما على تقويم البعض الآخر فلا إشكال، كما إذا قوّم بعضهم الصحيح بثمانية و المعيب بأربعة، و بعضهم الصحيح بستة و المعيب بثلاثة، فان التفاوت على كل من التقويمين يكون بالنصف، فيكون الأرش نصف الثمن، و إذا إختلفت النسبة كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية و المعيب بأربعة، و بعضهم الصحيح بعشرة و المعيب بستة، ففيه وجوه و أقوال:

فقيل: ان الصحيح منها أن يؤخذ من القيمين للصحيح ـ كما في المثال ـ النصف، و من الثلاث الثلث و من الأربع الربع و هكذا في المعيب، ثم تلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و تؤخذ بتلك النسبة و هي المثال ٩/٥ فيكون الأرش ٩/٤ من الثمن المسمى.[١]

٢. قيل: الفرق بين القيد والشرط ان متعلق الإجارة في موارد التقييد حصة خاصة

---

١. *منهاج الصالحين* للسيد السيستاني، ج ٢، ص ٥٥ ـ ٥٦.

مغائرة لسائر الحصص، و امّا في موارد الاشتراط فمتعلق الإجارة هو طبيعي العمل و لكن العقد معلق على إلتزام الطرف بتحقق أمر كالايصال في الوقت المحدد أو الاتيان بفرد معين، و لازم ذلك أن يكون التزامه بالعقد مشروطاً بنفس تحقق الملتزم به، و معنى ذلك جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم تحققه.

أقول: قد مر ما يتعلق بالفرق بينهما في شرح المسالة (٢٤) من الضمان العقدي.

٣. الفلزات و المعادن المنطبعة كالحديد و الرصاص و النحاس كلها مثلية. و أمّا المصنوع منهما فهل يعدّ مثلياً أو قيمياً أو انه مثلي بحسب مادته و قيمي بحسب هيئته؟ قال بعض أهل العصر: الظاهر هو التفصيل بين الموارد، فإن كانت الصنعة بمثابة من النفاسة و الأهمية تكون هي - في الأساس - محط أنظار العقلاء و مورد رغباتهم كالمصنوعات الأثرية العتيقة جداً أو البديعية النادرة، ففي مثل ذلك يعد المصنوع قيمياً، فيقوم بمادته و هيئته و يدفع الغاصب قيمته السوقية.

و اما إن لم تكن كذلك فإن كان يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلاف الرغبات - كالمصنوع بالآلات و المعامل المعمولة في هذه الأزمنة من الظروف و الآلات فهو مثلي مع صنعته يضمن بالمثل مع مراعاة صنفه.

٤. لو مزج الغاصب المغصوب بغيره أو امتزجا في يده بغير اختيار وعدّ المزيج موجوداً واحداً لا خليطا من موجودات متعددة، فإن كان المزيج بجنسه و كانا متماثلين ليس أحدهما أجود من الآخر و لا أردأ، تشاركا في المجموع بنسبة ماليهما، و ليس على الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة، بل الذي عليه هو عدم التصرف فيه إلّا برضا المغصوب منه و القبول بإفراز حصته منه، و تسليمها إليه لو كان مطالباً بذلك كما هو الحال في سائر الأحوال المشتركة.

و إن مزج المغصوب بما هو أجود أو أردأ منه، فللمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدل ماله و له أن يقبل بالمشاركة في الخليط بنسبة المالية، فلو خلط لترا من الزيت الرديء قيمته خمسة دنانير بلتر من الزيت الجيد قيمته عشرة دنانير و قبل المغصوب منه الشركة كان للأول ثلث المجموع و للثاني ثلثاه.

هذا إذا مزج المغصوب بجنسه، و اما إذا مزجه بغير جنسه فإن كان فيما يعدّ معه تالفاً كما إذا مزج ماء الورد المغصوب بالزيت ضمن البدل، و إن لم‌يكن كذلك كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو خلّط الخل بالعسل، فالظاهر انه بحكم الخلط بالأجود أو الأردأ من جنس واحد فيتخير المغصوب منه بين أخذ البدل و بين الرضا بالاشتراك في العين بنسبة المالية.

أقول: إذا قبلنا هذا التفصيل فهو ينفع في جملة من المسائل المتقدمة في هذا الكتاب.

٥. قال بعض العلماء: إذا حلف الغاصب على عدم الغصب، فإن كان عن تبرع لم‌يسقط حق المغصوب منه في المقاصة من أمواله. و إن كان عن استحلاف منه ففيه قولان، أظهرهما عدم السقوط أيضاً. نعم يسقط فيما لو استحلفه الحاكم الشرعي وحكم له بعد حلفه.